

Die Mitwirkungspflichten von Drittpersonen im schweizerischen Pfändungs- und Arrestverfahren

**Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung
der Banken**

DISSERTATION

der

RECHTS- UND

STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

CARLO GICK-SCHLÄPFER

von Winterthur

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans-Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Mitwirkungspflichten von Drittpersonen im schweizerischen Pfändungs- und Arrestverfahren

**Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung
der Banken**

DISSERTATION

der
RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CARLO GICK-SCHLÄPFER
von Winterthur

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans-Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Februar 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 51 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, P. Noll, J. Rehberg und H.U. Walder

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1980

Druck: ADAG AG, Zürich

MEINEN ELTERN

UND MEINER LIEBEN FRAU

Herrn Prof. Dr. H.U. Walder danke ich herzlich für die Freiheit bei der Wahl und Ausgestaltung des Themas. Dank gebührt auch den Herren Dres. W. Egger, L. Krauskopf und I. Meier für ihre anregenden Hinweise und Frl. I. Nenning für die Reinschrift dieser Arbeit.

VORWORT

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, die Stellung von Drittpersonen - v.a. der Banken - im Schuldbetreibungsverfahren aufzuzeigen. Dabei sollen insbesondere die in Gesetzen verankerten bzw. durch die Praxis geschaffenen Mitwirkungspflichten Dritter im Pfändungs- und Arrestverfahren auf ihre Berechtigung und Unerlässlichkeit hin überprüft und deren Erzwingungsmöglichkeiten untersucht werden.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XII

A) Allgemeiner Teil: Grundlagen

ERSTES KAPITEL

Schuldbetreibung und die am Verfahren Beteiligten	1
§ 1 Die Schuldbetreibung und ihre Einordnung in das Rechtssystem	1
I. Die Schuldbetreibung als Akt staatlicher Zwangsordnung	1
II. Gegenstand der Schuldbetreibung	2
III. Abgrenzungen:	4
1. zur Realexekution	4
2. zur Vermögensbeschlagnahme im Strafprozessrecht	5
3. von der einstweiligen Verfügung im Zivilprozessrecht	8
§ 2 Die am Schuldbetreibungsverfahren Beteiligten	9
I. Gläubiger/Schuldner und Betreibungsbehörden	9
1. Die Partei- und Betreibungsfähigkeit	9
2. Der Gläubiger und die Betreibungsbehörde	10
3. Der Schuldner und die Betreibungsbehörde	11
II. "Drittperson": Abgrenzung und Art ihrer Beteiligung am Schuldbetreibungsverfahren	12
1. Abgrenzung zu den übrigen am Verfahren Beteiligten	12
2. Mitwirkung aus eigenem Interesse	13
3. Mitwirkung als öffentlichrechtliche Verpflichtung	13
4. Rechtsfolgen im Falle der Mitwirkungsverweigerung	14
§ 3 Die Mitwirkungspflichten von Drittpersonen im Schuldbetreibungsverfahren und deren Durchsetzung (Übersicht)	16
I. In Gesetzen verankerte Mitwirkungspflichten	16

II.	In der Praxis entwickelte Mitwirkungspflichten und deren Erzwingungsmöglichkeiten	19
1.	Durch das Bundesgericht geschaffene Mitwirkungspflichten	19
a)	im Pfändungsverfahren	19
b)	im Arrestverfahren	21
c)	im Konkursverfahren	23
2.	In den amtlichen Betreibungs- und Konkursformularen festgehaltene Mitwirkungspflichten	23
3.	Folgerungen aus den in der Praxis entwickelten Mitwirkungspflichten	25
§ 4	Der betreibungsrechtliche Gewahrsamsbegriff	26
I.	Abgrenzung zum zivilrechtlichen Besitz und Gewahrsam	26
II.	Abgrenzung zum strafrechtlichen Gewahrsam	28
III.	Zusammenfassung	28
ZWEITES KAPITEL		
	Der mitwirkungspflichtige Bankier und das Bankgeheimnis	29
§ 5	Ueberblick über das schweizerische Bankgeheimnis	29
I.	Einleitung	29
II.	Historisches	30
III.	Das Bankgeheimnis besteht auch ohne Bankengesetz	31
IV.	Das Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis des Bankiers	33
V.	Rechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses:	36
1.	Ausservertragliche Schweigepflicht (Zivilrecht)	36
2.	Die Geheimhaltungspflicht als vertragliche Pflicht des Bankiers (Obligationenrecht)	38
3.	Die öffentlichrechtliche Basis des Bankgeheimnisses	42
VI.	Das schweizerische Bankgeheimnis ist nicht absolut	45
1.	Auskunftsermächtigung durch den Bankkunden	45
2.	Verbot des Rechtsmissbrauchs	46
3.	Auskunftspflicht des Bankiers	47
VII.	Ergebnis	52

B) Besonderer Teil: Mitwirkungspflichtigen Dritter im Pfändungs- und Arrestverfahren und deren Durchsetzung

Vorbemerkung zur Prüfungsmethode	53
----------------------------------	----

DRITTES KAPITEL

Die Mitwirkungspflichtigen Dritter, insbesondere die Auskunfts- und Herausgabepflicht im Pfändungs- und Arrestverfahren	56
---	----

§ 6 Kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers	56
--	----

§ 7 Notwendigkeit und Arten der Mitwirkung Dritter im Pfändungsverfahren	60
--	----

I. Begriff und Voraussetzungen der Betreibung auf Pfändung	60
--	----

1. Begriff	60
------------	----

2. Voraussetzungen	61
--------------------	----

II. Die Pfändungsvornahme	62
---------------------------	----

1. Vollziehendes Organ und örtliche Zuständigkeit	62
---	----

2. Aufgaben und Kompetenzen des Pfändungsbeamten	64
--	----

a) Pfändungsvollzug innert drei Tagen	64
---------------------------------------	----

b) Pfändungsankündigung	64
-------------------------	----

c) Feststellen und Spezifizieren der zu pfändenden Vermögenswerte	67
---	----

aa) Verifikation	67
------------------	----

bb) Spezifikation	72
-------------------	----

cc) Pflichtgemässe Sorgfalt des Pfändungsbeamten	75
--	----

d) Schätzung der Pfändungsobjekte	76
-----------------------------------	----

3) Inverwahrungsnahme und sofortige Verwertung gepfändeter Gegenstände	81
--	----

aa) Amtliche Verwahrung	81
-------------------------	----

bb) Vorzeitige Verwertung (Notverkauf)	85
--	----

f) Anzeige an den Drittschuldner	86
----------------------------------	----

g) Weitere Pflichten des Pfändungsbeamten	87
---	----

h) Schlussfolgerung: Kompetenzen des Pfändungsbeamten	89
--	----

III. Mit der Pfändung verbundene Pflichten des Schuldners	91
1. Präsenzpflicht	92
2. Auskunftspflicht	94
3. Oeffnungspflicht	98
4. Vorlegungspflicht	100
5. Herausgabepflicht	101
6. Pflichten des Lohnpfändungsschuldners	101
IV. Stellung von Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner	102
1. Mitwirkungspflichten zwecks Pfändungsvollzuges	103
a) Abwägen der Gründe für und wider die Mitwirkungspflichten Dritter	104
b) Gleichstellung von Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner	107
c) Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten	109
aa) Auskunfts- und Vorlegungspflicht	110
bb) Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen	113
2. Mitwirkungspflichten im Anschluss an die Pfändung (Herausgabepflichten)	116
V. Mitwirkungs- und Geheimhaltungspflicht des Bankiers	117
VI. Ergebnis	120

§ 8 Die Tragweite der Verweisungsnorm von SchKG 275 bezüglich der Mitwirkungspflichten Dritter im Arrestverfahren	121
I. Fragestellung	121
II. Begriff und Wirkungen des Arrestes	122
1. Begriff	122
2. Wirkungen	122
III. Bewilligung des Arrestes	124
1. Zuständige Behörde	124
2. Voraussetzungen	125
3. Bewilligungsverfahren und Rechtsschutz des Schuldners	128
IV. Vollzug des Arrestbefehls	131
1. Das zuständige Vollzugsorgan	131
2. Das Verhältnis der Vollzugs- zur Arrestbehörde	131

3. Das Vollzugsverfahren	132
a) Vollzug beim Schuldner	134
aa) Vorgehen des Betreibungsamtes	134
bb) Mitwirkungspflichten des Arrestschuldners	134
aaa) Keine Präsenzpflcht	135
bbb) Beschränkte Auskunfts- und Vorlegungspflicht	135
ccc) Uebrige Pflichten	137
b) Vollzug bei Drittpersonen	138
aa) Das Bundesgericht zur Vollzugspraxis	138
bb) Folgerungen aus der geltenden Vollzugspraxis	140
aaa) Verzicht auf Verifikation und Spezifikation	140
bbb) Arrestvollzug = Beschlagnahme-verfügung	141
ccc) Gewissheit über Arresterfolg durch Auskunfts- und Vorzeigepflicht des Dritten	144
ddd) Wegfall der betreibungsamtlichen Schätzung	145
c) Würdigung der unterschiedlichen Vollzugspraxis	146
V. Mitwirkungspflichten Dritter im Arrestverfahren; Ablehnung einer Uebernahme der pfändungsrechtlichen Regelung	149
1. Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Auskunftsspflicht des dritten Gewahrsamsinhabers	150
2. In der Natur des Arrestes bedingte Abweichungen	152
3. Die Problematik einer Auskunftgabe	155
4. Abwägung der Interessen	157
5. Die besondere Stellung der Bank	166
Exkurs: Anmeldung eigener Retentions- oder Pfandrechte am verarrestierten Kundenvermögen	171
6. Die Auskunft auf Verlangen des Arrestschuldners	175
7. Die Oeffnungs- und Herausgabepflicht	176
VI. Fazit: Suche nach einer ausgewogeneren Lösung	177

VII. De lege ferenda	181
1. Massnahmen zum Schutze der Drittinteressen	181
a) Einbezug des Drittschadens in die arrestrechtliche Haftungsnorm	181
b) Möglichkeit, eine Sicherheits- leistung zu beantragen	184
2. Massnahmen zur Verhinderung von Such- arresten bzw. zu deren frühzeitiger Erkennung und Ausschaltung	186
a) Erschwerung der Arresterwirkung	187
aa) Keine Rückkehr zur anfänglichen Spezifikationspflicht	187
bb) Anhaltspunkte für das Vorhanden- sein der Arrestobjekte und für den Bestand der Arrestforderung	188
cc) Einschränkung des Ausländerarrestes	189
b) Anhörung des Schuldners vor der Aus- kunftgabe	197
§ 9 Die Mitwirkungspflichtigen Dritter und das Lega- litätsprinzip	201

VIERTES KAPITEL

Die Möglichkeiten zur Erzwingung der Mitwirkungs- pflichtigen Dritter im Pfändungsverfahren	209
§ 10 Erfordernis und Art der Zwangseinwirkung	209
§ 11 Zwangsmassnahmen	211
§ 12 Indirekte Zwangsmittel	215
I. Strafsanktionen	215
1. Pfändungsbetrug (StGB 164)	216
2. Ungehorsamsdelikte	218
a) Abgrenzung zu den Betreibungs- und Konkursvergehen/-verbrechen	218
b) Inhalt von StGB 323 und 324	219
c) Art. 292 StGB als Auffangtatbestand zu den Art. 323 und 324 StGB	220
II. Andere mittelbare Zwangsmittel	224

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Archiv	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
BaG	BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
BStPO	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
eidg.	eidgenössisch
evtl.	eventuell
EDMZ	Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale (Bern)
f.	und folgende Seite
fakult.	fakultativ
ff.	und folgende Seiten
Form.	Formular
GebT	Gebührentarif zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971
i.S.	in Sachen

i.V.m.	in Verbindung mit
Komm.	Kommentar
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
Minderheits- entwurf	BG über Schuldbetreibung und Konkurs, Entwurf mit Motiven, vorgelegt durch die Kommissions- minderheit, Bern, 1875
m.W.	meines Wissens
N	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
PVG	BG betr. den Postverkehr vom 2. Oktober 1924 (Postverkehrsgesetz)
S.	Seite
s.	siehe
SBG	Schweizerische Bankgesellschaft
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
Sten.Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozessordnung
StR	Ständerat
u.a.	unter anderem (anderen)
u.dgl.	und dergleichen
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VVO	Vollziehungsverordnung
VZG	Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangs- vollstreckung von Grundstücken vom 23. April 1920
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR N.F.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
Zürcher An- weisung	Anweisung des Obergerichtes des Kantons Zürich zum SchKG sowie zum GebT vom 11. Februar 1952

LITERATURVERZEICHNIS

- Albrecht Peter, Die Haftpflicht des Arrestgläubigers nach schweizerischem Recht unter Ausschluss der Kautionspflicht gemäss SchKG 273 I, Diss. Zürich 1968.
- Amonn Kurt, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1976, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, ZBJV 114 (1978), S. 1 ff..
- von Arx Otto, Ueber die Auskunftspflicht der Banken im Arrestverfahren, SJZ 44 (1948), S. 369 ff..
- Aubert Maurice/Kernen Jean-Philippe/Schönle Herbert, Le secret bancaire suisse, Bern 1976.
- Blass Heinz Walter, Aeltere und neuere Probleme zur Pflicht zur Wahrung des "Berufsgeheimnisses", SJZ 62 (1966), S. 337 ff..
- Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911 (zit.: Blumenstein Handbuch).
- Die Zwangsvollstreckung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht, Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Bundesgerichts, Bern 1924, S. 179 ff. (zit.: Blumenstein Festschrift).
 - Die verfahrensmässigen Verpflichtungen dritter Personen in der Schuldbetreibung und im Konkurs, BlSchK 5 (1941), S. 97 ff..
- Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976.
- Burckhardt Walter, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich 1944.
- Capitaine Georges, La question du secret des banques en droit suisse, Diss. Genf 1933 (zit.: Capitaine 1933).
- Le secret professionnel du banquier, Genf 1936 (zit.: Capitaine 1936).
- Delachaux François, Le secret professionnel du banquier en droit suisse, Diss. Neuenburg 1939.
- Egger Robert, Die Pfändung zukünftiger Forderungen, Diss. Zürich 1959.
- Eigenmann Walter, Die Androhung von Ungehorsamsstrafen durch den Richter (Art. 292 StGB), Diss. Zürich 1964.
- Favre Antoine, Droit des poursuites, 2. A. Freiburg 1967.
- Fick F., Zur Bezeichnung der Arrestobjekte, SJZ 22 (1925/26), S. 160.
- Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A. Tübingen 1928.
- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

- Fleiner-Gerster Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977.
- Friedrich Hans-Peter, Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung, ZSR N.F. 71 (1952), S. 439 ff..
- Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. A. Zürich 1967/68.
- Gautschi Georg, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, 3. A. Bern 1971.
- Germann Oscar Adolf, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 9. A. Zürich 1972.
- Gerwig Max, Die Auskunftspflicht der Banken gegenüber dem Betreibungsamt, ZSR N.F. 53 (1934), S. 105 ff..
- Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960.
- Grisel André, Droit administratif suisse, Neuenburg 1970.
- Guhl Theo/Merz Hans/Kummer Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. A. Zürich 1972 (zit.: Guhl).
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979 (zit.: Guldener).
- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (zit.: Guldener IZPR).
 - Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR N.F. 74 (1955), S. 19 ff..
- Gygi Fritz, Zur Auslegung des Verwaltungsrechts, ZSR N.F. 75 (1956), S. 129 ff..
- Haab Robert, Die rechtliche Stellung des dritten Gewahrsamsinhabers im Arrestverfahren, ZBJV 69 (1933), S. 553 ff..
- Vereinfachungen des SchKG, ZSR N.F. 51 (1932), S. 357a ff.
- Haubensak Urs, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1975.
- Hauser Robert, Das Bankgeheimnis im Zivil- und Strafprozess sowie in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, in: Das schweizerische Bankgeheimnis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 10, Bern 1972, S. 25 ff..
- Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechtes, Basel 1978.
- Hegetschweiler Rudolf, Ueber die Auskunftspflicht der Banken im Arrestverfahren, SJZ 45 (1949), S. 38 ff..
- Hinderling Hans, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht, 5. Band/1. Halbband, Basel und Stuttgart 1977.
- Höhn Ernst, Das Bankgeheimnis im Steuerstrafrecht mit Berücksichtigung der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, in: Das schweizerische Bankgeheimnis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 10, Bern 1972, S. 37 ff..

- Homberger Arthur, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band IV/3. Abt., 2. A. Zürich 1938.
- Huber Otto A., Die Geheimhaltungspflicht des Beauftragten unter spezieller Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Diss. Bern 1936.
- Imboden Max/Rhinow René, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. A. Basel und Stuttgart 1976.
- Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A. Zürich 1911 (zit.: Komm. Jaeger).
- Jaeger Carl/Daeniker Marta, Schuldbetreibungs- und Konkurs Praxis der Jahre 1911-1945, Zürich 1947.
- Jann Adolf, Der Umfang und die Grenzen des Bankgeheimnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1938.
- Joos Robert, Handbuch für den Betreibungsbeamten, Wädenswil 1964.
- Jud Konrad, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Arrestrecht des SchKG, Diss. Zürich 1940.
- Kaderli Rudolph, Das schweizerische Bankgeschäft, 2. A. Thun 1955.
- Kleiner Beat, Verarrestierung und Pfändung von Guthaben des Schuldners, die auf den Namen von Drittpersonen lauten, SJZ 61 (1965), S. 37 ff..
- Das Bankgeheimnis in der Schusslinie, in: Das schweizerische Bankgeheimnis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 10, Bern 1972, S. 11 ff..
 - Schweizerisches Arrestrecht und internationaler Handel, SJZ 75 (1979), S. 217 ff..
- Klingenberg Paul Dieter, Aktuelle Probleme des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 36, Bern 1976, S. 91 ff..
- Kuhn Alexander Ernst, Die Auskunftspflicht des Schuldners, Diss. Zürich 1956.
- Kuhn H., Der Arrestvollzug, SJZ 34 (1937/38), S. 294 ff..
- Lavanchy Paul, Das Bankgeheimnis in der Schweizerischen Gesetzgebung mit besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, Diss. Zürich 1935.
- Levi-Anliker Ruth, Zur Problematik des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs, Diss. Zürich 1977.
- Liver Peter, Der Begriff der Rechtsquelle, in: Rechtsquellenprobleme, Festgabe der iuristischen Fakultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristentag, Bern 1955.
- Loepfe Rolf, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, Diss. Zürich 1947.
- Lorétan R., L'énonciation des biens séquestrés, SJZ 35 (1938/39), S. 195 ff..

- Lotz Peter, Der Schrankfachvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Diss. Basel 1939.
- Lüscher Martin, Das schweizerische Bankgeheimnis in strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1972.
- Maurach Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. A. Karlsruhe 1969.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsartikel, Bern 1962 (zit.: Komm. Meier-Hayoz).
- Richterliche Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht, SJZ 46 (1950), S. 340 ff..
 - Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951 (zit.: Meier-Hayoz).
- Merz Hans, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsartikel, Bern 1962.
- Meyer Hans-Ulrich, Die Stellung des dritten Gewahrsamsinhabers und Drittschuldners im Arrestverfahren unter Berücksichtigung des Bankgeheimnisses nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958 Maschinenschrift.
- Müller Emil, Strafsanktionen gegen den dritten Gewahrsamsinhaber im Arrestverfahren?, ZSR N.F. 68 (1949), S. 77 ff..
- Niederer Hans, Die Vermögensbeschlagnahme im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1968.
- Nobel Peter, Entscheide zu den Einleitungsartikeln, Bern 1977.
- Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A. Zürich 1969.
- Ott Eugen, Das Arrestverfahren nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1900.
- Perrin René, Le secret des banques et l'obligation de renseigner les autorités, SJZ 45 (1949), S. 145 ff..
- Les banques dans la procédure de séquestre, SJZ 46 (1950), S. 187 ff..
- Rossy Paul/Reimann Robert, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 1935.
- Schaefer Alfred, Das Bankgeheimnis, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Bankgesellschaft, Heft 2, Zürich 1945.
- Das Bankgeheimnis, SJZ 49 (1953), S. 333 ff..
- Schindler Jakob, Die Arrestaufhebung nach Art. 279 SchKG, Diss. Bern 1957.
- Schoch Hans, Die iuristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Diss. Zürich 1940.
- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band V/1a, Zürich 1973.

- Schubarth Martin, Die Systematik der Aneignungsdelikte, Diss. Basel 1968.
- Schwager Pius, Das schweizerische Bankgeheimnis, Diss. Freiburg 1973.
- Schwander Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. A. Zürich 1964.
- Schwarzenbach Hans-Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. A. Bern 1975.
- Sichtermann S., Bankgeheimnis und Bankauskunft, Frankfurt a. Main 1966.
- Specker Christian, Die Beschlagnahme im Strafverfahren zur zivilrechtlichen Schadensdeckung, SJZ 49 (1953), S. 301 ff..
- Spitzer Gerd, Das Postgeheimnis, Diss. Zürich 1937.
- Staehelin Adrian, Der Richter als Gesetzgeber im schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht, in: Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, S. 243 ff..
- Stark Emil, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Band IV/3. Abt./1. Teilband, Der Besitz, Bern 1976.
- Stauffacher Werner, Der Arrestvollzug, SJZ 37 (1940/41), S. 181 ff..
- Sträuli Hans/Messmer Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976.
- Stratenwerth Günther, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bern 1973/74.
- von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I/1, 3. A. Zürich 1974.
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A. Zürich 1975.
- Walder Hans-Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess, Zürich 1977 (zit.: Walder Handbuch).
- Zur Berücksichtigung des Bankgeheimnisses im Zivilprozess, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973, S. 351 ff..
- Weber Leo/Brüstlein Alfred, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A. Zürich 1901.
- Wolf Ernst, Zur Auskunftspflicht der Banken im Arrestverfahren, BLSchK 13 (1949), S. 65 ff..

Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen zum Text.

A) Allgemeiner Teil: G r u n d l a g e n
=====

ERSTES KAPITEL

Schuldbetreibung und die am Verfahren Beteiligten

§ 1 Die Schuldbetreibung und ihre Einordnung in das Rechtssystem

I. Die Schuldbetreibung als Akt staatlicher Zwangsordnung

Die Mehrzahl aller Rechtsbeziehungen der Rechtssubjekte unter sich oder im Verhältnis zum Staat wickelt sich ohne Eingreifen obrigkeitlichen Zwanges ab. Die sogenannte Selbstdurchsetzung der Rechtsordnung beruht auf der allgemeinen Achtung vor dem Gesetz und der Vertragstreue (1). Wo diese aber am mangelnden guten Willen oder am Unvermögen einer Partei scheitert oder wo die Rechtslage unsicher bzw. streitig ist, hat der Staat als Garant des Rechtes aufzutreten. Die ehemals übliche, private Selbsthilfe hat sich im modernen Rechtsstaat nur noch in Lagen erhalten, in denen die staatliche Hilfe nicht rechtzeitig zur Verfügung steht (2).

Der Staat begnügt sich nicht bloss mit der Rechtssetzung; er übt seine Rechtsschutzfunktion aus, indem er die Rechtsgewissheit im Einzelfall herstellt und den rechtsgemässen Zustand zwangsweise verwirklicht (3). Das Erkenntnisverfahren sucht eine Entscheidung, die das Bestehen oder Nichtbestehen des in der Klage behaupteten oder verneinten Rechtes feststellt. Das Vollstreckungsverfahren hingegen will dem ausgewiesenen oder anerkannten Berechtigten faktisch zu seinem Recht verhelfen. Letzteres wird immer dann nötig sein, wenn die gerichtlich festgestellten oder unbestrittenen Rechtspflichten nicht freiwillig

(1) Fritzsche Band I, S. 1.

(2) z.B. Art. 701 und 926 ZGB, Art. 52 und 57 OR.

(3) Guldener in ZSR N.F. 74 (1955), S. 20.

lig erfüllt werden.

Bei der Zwangsvollstreckung stehen sich - wie im Zivilprozess - zwei Parteien vor einer Behörde gegenüber: der Vollstreckungskläger, der das Vollstreckungsverfahren durch entsprechenden Antrag in Bewegung setzt, und ein Vollstreckungsbeklagter, gegen dessen Person oder Vermögen sich die Vollstreckung richtet (4). Die Vollstreckungsbehörde hat hierbei nicht nur über den gestellten Antrag zu befinden, sondern auch die für die Vollstreckung adäquaten Mittel zu bestimmen (5).

Die Schuldbetreibung stellt nur eine, wenn auch die praktisch wichtigste Art der Zwangsvollstreckung dar; sie dient der Durchsetzung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung (6).

Zivilprozess und Schuldbetreibung sind beides Mittel des staatlichen Rechtsschutzes und ergänzen sich in sinnvoller Weise. Die Schuldbetreibung dient aber nicht nur der Durchsetzung gerichtlicher Urteile auf Geldzahlung und entsprechender Verwaltungsentscheide, sie kann vielmehr von jedermann auch ohne vorheriges Anrufen des Richters eingeleitet werden. Es genügt, wenn einer glaubt, gegen den Betriebenen einen Anspruch auf eine Geldzahlung oder auf eine Sicherheitsleistung zu haben. Daraus erhellt, dass die Schuldbetreibung nicht Teil des Zivilprozessverfahrens ist, sondern einen selbständigen Platz in unserem Rechtssystem einnimmt (7).

II. Gegenstand der Schuldbetreibung

Bund und Kantone teilen sich in die Aufgaben der Zwangs-

(4) Guldener, S. 47.

(5) z.B. §§ 306/309 ZH ZPO.

(6) Art. 38 Abs. 1 SchKG; siehe auch unten, S. 3.

(7) Blumenstein Handbuch, S. 3; Favre, S. 11.

vollstreckung. Schon in der Bundesverfassung von 1874 wurde im Bestreben, die Rechtseinheit in Handel und Verkehr zu fördern, dem Bund die Gesetzgebung über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht zugewiesen (8).

Der Bund hat von dieser Kompetenz durch den Erlass des SchKG Gebrauch gemacht (9). Dieses Gesetz befasst sich laut Art. 38 Abs. 1 mit der Betreibung für Geldschulden und auf Sicherheitsleistung.

Der Vollstreckung unterliegen alle Geldforderungen ohne Rücksicht auf ihren Ursprung und ihre rechtliche Natur (10), seien sie aus privatem oder öffentlichem Recht entstanden (11), seien sie anerkannt, bestritten oder gerichtlich festgestellt; sie können durch Pfand sichergestellt oder unversichert sein (12). Mit Rücksicht auf die Person des Schuldners bzw. die Art der Forderung ausgenommen sind lediglich Vollstreckungsbegehren nach Art. 30 SchKG. Weitere Vorbehalte zugunsten anderer eidgenössischer oder kantonaler Erlasse finden sich in den Art. 44 und 45 SchKG (13).

Bei der Betreibung auf Sicherheitsleistung bildet nicht die Zahlung einer Schuld Ziel der Betreibung, sondern bloss deren Sicherstellung durch Hinterlage von Geld bei einer Depositenanstalt oder auf andere Weise (Pfandbestellung, Bürgschaft u.dgl.). Sie ist in der Praxis ohne

-
- (8) Fritzsche Band I, S. 6; heute Art. 64 BV
 - (9) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889 und Nebengesetze (Bundesgesetze, Bundesbeschlüsse, Konkordate und Staatsverträge).
 - (10) Blumenstein Handbuch, S. 134.
 - (11) Fritzsche Band I, S. 67; Art. 43 SchKG.
 - (12) Favre, S. 88.
 - (13) Davon sind in erster Linie öffentlichrechtliche Forderungen betroffen; siehe auch unten, S. 5 ff..

Bedeutung geblieben und könnte laut Fritzsche (14) gestrichen werden.

Das SchKG begnügt sich aber nicht mit der Vollstreckung auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung. Es setzt sich auch mit dem Retentionsrecht des Vermieters/Verpächters (15) auseinander und lässt im Konkursverfahren Forderungen, welche nicht auf Geldzahlung lauten, in solche umwandeln (16). Damit wird indessen kein neues Objekt der Schuldbetreibung begründet; diese Ausnahmen regeln lediglich gewisse Modalitäten einer pendenten oder zukünftigen Betreibung und stehen in sehr engem Zusammenhang mit der Vollstreckung von Geldforderungen (17).

III. Abgrenzungen

1. Abgrenzung zur Realexekution

In die Bundeskompetenz - und damit einer kantonalrechtlichen Regelung entzogen - fällt demnach die Vollstreckung von Geldforderungen und Ansprüchen auf Sicherheitsleistung (18). Nicht dazu gehören alle auf blosser Unterlassungen gerichteten Verpflichtungen sowie sämtliche persönlichen und sachlichen Leistungen (19), die nicht auf Geldzahlung gerichtet sind. Solche Ansprüche auf Realerfüllung sind klagbar und der Gläubiger kann die nicht erfolgte Leistung in natura verlangen, solange dies möglich ist (20). Die Rege-

-
- (14) Fritzsche Band I, S. 74; Näheres zur Betreibung auf Sicherheitsleistung bei Joos, S. 49 ff. und Krauskopf in BLSchK 42 (1978), S. 161/75.
- (15) Art. 283 und 284 SchKG.
- (16) Art. 211 SchKG.
- (17) Haubensak, S. 3.
- (18) Art. 38 Abs. 1 SchKG; das Bundesgericht hat in BGE 86 II 295 die Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung durch einstweilige Verfügungen nach dem kantonalen Zivilprozessrecht für bundesrechtswidrig ("verschleierter Arrest") erklärt.
- (19) Etwa die Herausgabe von Sachen.
- (20) Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR.

lung der Zwangsvollstreckung von Ansprüchen dieser Art ist den Kantonen verblieben. Die Rechtseinheit war seinerzeit auf das Notwendigste zu beschränken (21). Die Kantone haben die Zwangsvollstreckung zumeist den Gerichten übertragen; einzelne Kantone betrauten eine Verwaltungsbehörde mit dieser Aufgabe (22).

2. Abgrenzung zur Vermögensbeschlagnahme im Strafprozessrecht

Die Schuldbetreibung, gleichviel, ob sie auf dem Wege der Pfändung, der Pfandverwertung oder des Konkurses fortgesetzt wird, beschlägt stets das Vermögen (23) des Schuldners (24). Aus dem Verwertungserlös der mit Beschlag belegten Vermögenswerte sollen die Vollstreckungsgläubiger soweit als möglich befriedigt werden.

In den Strafprozessordnungen einiger Kantone (25) ist gleichfalls eine Vermögensbeschlagnahme vorgesehen (26). Niederer (27) definiert sie als einen "staatlichen Hoheitsakt, durch den dem Angeschuldigten (28) sein Vermögen oder ein Teil desselben der freien Verfügung entzogen wird". Die Voraussetzungen ihrer Anordnung weisen eine gewisse Aehn-

(21) Fritzsche Band I, S. 6.

(22) Guldener, S. 49; vgl. zur Regelung der Realexekution im Kanton Zürich die Arbeit von Haubensak.

(23) "Der Schuldverhaft ist abgeschafft": Art. 59 BV.

(24) Es sei denn, eine Drittperson wäre Eigentümerin des Pfandobjektes.

(25) Näheres zu den kantonalen Regelungen bei Niederer, S. 20 ff.. Bis ins Jahr 1974 kannte auch die Bundesstrafprozessordnung eine Vermögensbeschlagnahme: aArt. 288 Abs. 1 BStPO.

(26) Je nach Zweck werden im Strafprozessrecht unterschieden: Beweismittel- oder Individualbeschlagnahme; Beschlagnahme von Deliktsgegenständen; Vermögensbeschlagnahme. Vgl. hierzu Hauser, S. 174 ff..

(27) Niederer, S. 4.

(28) Nach BGE 101 I 325 ist sogar ein Beschlag auf das Vermögen einer mit dem Angeschuldigten solidarisch haftenden Drittperson zulässig.

lichkeit mit den Arrestgründen auf (29); das gleiche lässt sich von ihrer Wirkung sagen (30). Die strafprozessuale Vermögensbeschlagnahme dient nicht unmittelbar der Vollstreckung, sondern will den Vollzug einer allfälligen Busse gewährleisten; sie bezweckt aber auch die Sicherstellung von Forderungen, wie etwa zukünftiger Verfahrens- und Vollstreckungskosten oder Schadenersatzbegehren (31).

Ansprüche auf Geldzahlung, seien sie im privaten oder öffentlichen Recht begründet, werden grundsätzlich auf dem Wege des SchKG sichergestellt und vollstreckt (32). Eine Vermögensbeschlagnahme zur Deckung von Forderungen ist folglich nur zulässig, wenn sie vor dem SchKG Bestand hat. Art. 44 SchKG lässt die Verwertung (33) von Gegenständen, welche auf Grund strafrechtlicher oder fiskalischer Gesetze mit Beschlag belegt sind, nach den zutreffenden eidgenössischen oder kantonalen Gesetzesbestimmungen zu. Zu den strafrechtlichen Normen zählen nur solche, die dem materiellen oder formellen Strafrecht angehören und der Verwirklichung und Vollziehung des staatlichen Strafanspruches dienen (34). Begründet wird dieser Vorbehalt damit, dass die Beschlagnahme mit dem Strafprozess in einem so engen Zusammenhange stehe, dass sie einer Regelung bedürfe, die dem Zweck und den besonderen Anforderungen dieses Verfahrens angepasst sei (35).

-
- (29) Entscheidend ist, dass eine Gefahr für die spätere Vollstreckung des Strafurteils besteht: vgl. § 83 ZH StPO.
- (30) Niederer, S. 35 und 90; BGE 101 IV 377 E.3.
- (31) "Deckung" "des verursachten Schadens": § 83 ZH StPO.
- (32) Siehe oben, S. 3; Guldener, S. 574, Anm. 3
- (33) Dieser Vorbehalt umfasst - trotz des engen Wortlautes - auch den Akt der Beschlagnahme: Fritzsche Band I, S. 76; Favre, S. 84; Niederer, S. 37; BGE 76 I 33; 78 I 220; ZR 34 (1935), Nr. 55.
- (34) BGE 76 I 96 ff.; 78 I 220; 93 III 89 E. 3.
- (35) BGE 28 I 209.

Soweit also die Beschlagnahme von Vermögenswerten des Angeschuldigten mit der Notwendigkeit des Strafverfahrens zu erklären ist (36), umfasst der Vorbehalt in SchKG 44 auch die Verwertung dieser Objekte zur Deckung von Forderungen (37). Damit eine allfällige Busse ihren Strafzweck erfüllen kann, mag es zuweilen (38) angezeigt sein, umgehend gewisse Vermögensgegenstände des Angeschuldigten mit Beschlag zu belegen. Hingegen ist es mit der ratio von SchKG 44 unvereinbar, wenn eine Vermögensbeschlagnahme allein zum Zwecke der Sicherung von Forderungen vorgenommen wird. Eine Bevorzugung (39) der durch die Straftat Geschädigten gegenüber den gewöhnlichen Gläubigern findet im Gesetz keine Stütze (40). Das materielle Strafrecht stellt dem Verletzten eine Reihe von Bestimmungen zur Verfügung, die dessen Schaden mindern sollen (41). Wird der beabsichtigte Zweck durch diese Vor-

(36) Beschlagnahme von Beweis- und Konfiskationsobjekten.

(37) Dieser Gedanke geht auch aus der Entstehungsgeschichte von SchKG 44 hervor: Niederer, S. 37 f..

In der Praxis werden damit vorab die aus der Durchführung des Strafverfahrens erwachsenden Untersuchungs-, Gerichts- und Gefangenschaftskosten befriedigt; BGE 76 I 28 ff. und 99; 78 I 215 ff.; 101 IV 377 ff.; ZR 56 (1957), Nr. 78. Auf die daraus sich ergebende Bevorzugung des Staates gegenüber den privaten Gläubigern hat bereits Blumenstein in Festschrift, S. 187, Anm. 3, hingewiesen.

(38) So, wenn er Anstalten trifft, sein Vermögen zu verschleudern oder wegzuschaffen.

(39) Die Rechtsprechung lässt eine Vermögensbeschlagnahme zur Deckung öffentlichrechtlicher Schadenersatzansprüche zu, erklärt jedoch eine solche zur Sicherung privatrechtlicher Schadenersatzbegehren für bundesrechtswidrig, weil mit dem SchKG nicht vereinbar; BGE 76 I 96 ff.; 78 I 220; 101 IV 377 ff.; ZR 56 (1957), Nr. 78; vgl. aber § 83 ZH StPO. Specker bekämpft in SJZ 49 (1953), S. 303 ff. zu Recht diese unterschiedliche Behandlung, liegt aber m.E. falsch, wenn er für eine Bevorzugung aller durch die Straftat Geschädigten gegenüber den gewöhnlichen Gläubigern eintritt.

(40) SchKG 219 umfasst in der 5. Klasse sowohl die Forderungen aus Vertrag, Gesetz oder ungerechtfertigter Bereicherung, als auch solche aus OR 41.

(41) z.B. Art. 57 bis 60 StGB.

schriften in nur unzureichender Weise erreicht, so ist ein solcher Mangel auf dem Gesetzgebungswege, nicht aber durch eine unzulässige Auslegung von SchKG 44 zu beheben.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass die Sicherung von Leistungen auf Geldzahlung grundsätzlich dem eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vorbehalten ist (42). Davon ausgenommen - und durch SchKG 44 gedeckt - ist eine strafprozessuale Regelung, wonach Forderungen aus Vermögenswerten des Angeschuldigten befriedigt werden können, deren Beschlagnahme für das Strafverfahren notwendig ist (43).

3. Abgrenzung von der einstweiligen Verfügung im Zivilprozessrecht

Der Erlass einstweiliger Verfügungen kann vor Anhängigmachung des Prozesses angebeht werden, aber auch erst nach dessen Beginn (44). Die einstweiligen Verfügungen des Zivilprozessrechtes dienen der Sicherung eines behaupteten Rechtes (45), dem vorsorglichen Schutz der Privatrechtsordnung, und können in Form eines Befehls oder Verbotes ergehen. Lautet das Begehren des Gesuchstellers nicht auf Zuerkennung eines bestimmten Rechtes, sondern auf eine Geldleistung, so sind zur Sicherung der Vollstreckung allein der Arrest bzw. die übrigen Einrichtungen des SchKG zulässig (46). Gleich der Realexekution (47) wird auch die einstweilige Verfügung durch den zu verwirklichenden (Sicherungs)-Anspruch von den Instituten des SchKG abgegrenzt.

-
- (42) Das SchKG stellt hierfür verschiedene Einrichtungen zur Verfügung: Provisorische Pfändung, Güterverzeichnis, Retentionsaufnahme und Arrest.
 - (43) Auch bereits gepfändete oder zur Konkursmasse gezogene Vermögensobjekte dürfen noch beschlagnahmt werden: BGE 78 I 221, 101 I 326; ZR 43 (1944), Nr. 250; Blumenstein Festschrift, S. 222 f. und 241 f.; Niederer, S. 42.
 - (44) Walder Handbuch, S. 355 ff..
 - (45) Guldener, S. 574 ff.
 - (46) Walder Handbuch, S. 355; Guldener, S. 574, Anm. 3a; Komm. Sträuli/Messmer, N 5 zu § 110 ZH ZPO.
 - (47) Siehe oben, S. 4.

§ 2 Die am Schuldbetreibungsverfahren Beteiligten

Das Betreibungsverfahren (1) entspricht in vielem dem Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses (2). Betreibender Gläubiger und betriebener Schuldner stehen sich vor einer Verwaltungsbehörde (Betreibungs- oder Konkursamt) gegenüber. Herrscht Streit über materiellrechtliche Pflichten des Schuldners (3) oder über Ansprüche von Drittpersonen (4), so entscheidet der Richter; dasselbe gilt für besonders wichtige Entscheidungen, wie etwa, ob Rechtsöffnung zu erteilen (SchKG 81/83) oder der Konkurs zu eröffnen sei (SchKG 171, 189/90). Nachstehend sind die Parteien (Subjekte) der Schuldbetreibung, nämlich Gläubiger und Schuldner, sowie deren Beziehung zur Betreibungs- bzw. Konkursbehörde kurz zu betrachten (Ziff. I). Von Drittpersonen und ihrer Stellung im Schuldbetreibungsverfahren wird anschliessend unter Ziff. II die Rede sein.

I. Gläubiger/Schuldner und Betreibungsbehörden

1. Die Partei- und Betreibungsfähigkeit

Analog zur Regelung im Zivilprozessrecht (5) vermag Partei in einer Schuldbetreibung nur zu sein, wer Gläubiger oder Schuldner einer Geldsumme oder eines Anspruches auf Sicherheitsleistung sein kann (Parteifähigkeit). Betreibungsfähig sind die Parteien dann, wenn sie ihre Interessen im Betreibungsverfahren durch eigene Handlungen wahrzunehmen oder hierfür selbst einen Vertreter zu bestellen vermögen (6).

-
- (1) "Betreibung" umfasst alle im Gesetz geregelten Betreibungsarten.
 - (2) Guldener in ZSR N.F. 74 (1955), S. 24 ff.; Fritzsche Band I, S. 52.
 - (3) z.B. Art. 79 und 83 Abs. 2 SchKG.
 - (4) Art. 106 bis 109, 225 SchKG.
 - (5) Guldener, S. 124 ff.; Walder Handbuch, S. 119 ff..
 - (6) Fehlt die Betreibungsfähigkeit, so gelangen die Grundsätze der gesetzlichen Vertretung zur Anwendung. Näheres zur Partei- und Betreibungsfähigkeit bei Fritzsche Band I, S. 53 ff. und Blumenstein Handbuch, S. 146 ff..

2. Der Gläubiger und die Betreibungsbehörde (7)

Der Gläubiger bzw. derjenige, der sich als solcher aus-
gibt, vertritt die aktive Seite der Schuldbetreibung. Wie
das Erkenntnisverfahren wird auch die Schuldbetreibung nur
auf Antrag des Gläubigers hin in Gang gesetzt (SchKG 67).
Er bestimmt überdies, wann das Verfahren fortgeführt wird
(8), und ob es bis zur Verwertung vorgetrieben oder vorher
abgebrochen wird. Die Betreibungsbehörde wird nie von sich
aus tätig, sondern für jeden einzelnen Betreibungsschritt
muss der Gläubiger ein entsprechendes Begehren stellen. An-
dererseits steht es nicht im Belieben der Behörde, eine Amts-
handlung vorzunehmen oder sie zu unterlassen. Jedes bei
einem Amte eingegangene Begehren ist nach den gesetzlichen
Vorschriften zu behandeln, sei es, dass es wegen Mangelhaf-
tigkeit zurückgewiesen, sei es, dass ihm Folge gegeben wird.
Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung können jederzeit
auf dem Beschwerdeweg gerügt werden (SchKG 17 III).

Obwohl der Schuldner die Betreibungskosten zu tragen
hat, sind dieselben vom Gläubiger vorzuschüssen (SchKG 68 I),
und zwar für jede einzelne der von ihm beantragten Betrei-
bungshandlungen. Die Höhe des jeweiligen Vorschusses ist dem
Gebührentarif zum SchKG (9) zu entnehmen. Bis zum Eingang
des Betrages unterbleibt einstweilen die Betreibungshandlung;
bei unbenütztem Ablauf der Nachholungsfrist gilt das Begeh-
ren als zurückgezogen (10). Die Betreibungsbehörde erbringt
auch einige Dienstleistungen, so etwa einen Auskunftsdienst
über Protokolleinträge (11), oder sie nimmt für den Gläubi-
ger bestimmte Zahlungen entgegen (SchKG 12 I).

-
- (7) Hier Betreibungsbehörde im weiteren Sinne: Betreibungs-
und Konkursamt.
 - (8) Fortsetzungsbegehren: SchKG 88, 159; Verwertungsbegehren:
SchKG 116; Konkursbegehren: SchKG 166.
 - (9) Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und
Konkurs vom 7.7.1971 (GebT)
 - (10) Androhung laut Betreibungsformular Nr. 43, herausgegeben von
der eidg. Drucksachen- und Materialzentrale (EDMZ) in Bern.
 - (11) Art. 8 Abs. 2 SchKG; die Auskunfterteilung ist gebühren-
pflichtig; Art. 10 (GebT); mehr hierzu bei Joos, S. 207 ff..

3. Der Schuldner und die Betreibungsbehörde

Geprägt wird diese Beziehung durch Eingriffe der Behörde in die Freiheit und das Eigentum des Schuldners. Kommt dieser den amtlichen Zahlungsaufforderungen nicht nach, so wird ihm die freie Verfügung über gewisse seiner Vermögenswerte untersagt (SchKG 96 I) oder es wird gar sein ganzes (12) Vermögen in die Konkursmasse übergeführt (SchKG 197 I). Der Schuldner hat nicht nur hinzunehmen, dass ihm die Vollzugsbeamten die mit Beschlag belegten Gegenstände - nötigenfalls mit Polizeigewalt - wegnehmen (13); es treffen ihn vielmehr eigentliche Mitwirkungspflichten. So etwa ist der Schuldner bei Straffolge verpflichtet, die Vermögensaufnahme durch Auskunftgabe und Oeffnen von Räumlichkeiten und Behältnissen (14) zu ermöglichen bzw. zu erleichtern; er hat seine Vermögensstücke dem Amt zur Verfügung zu stellen (15).

Die für eine zweckmässige Schuldbetreibung erforderlichen Eingriffe in die Freiheitsrechte des Schuldners (16) sowie dessen Verpflichtung, aktiv am Verfahren mitzuwirken, bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (17). Diese findet sich, was den Schuldner anbelangt, in hinreichendem Masse im SchKG. Nur lückenhaft geregelt ist hingegen die Stellung von Drittpersonen im Schuldbetreibungsverfahren. Bevor die diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen näher betrachtet werden, ist abzuklären, wer überhaupt "Drittperson" ist, und wie diese am Verfahren teilnimmt.

-
- (12) Davon ausgenommen sind bestimmte Vermögensteile: SchKG 197 I i.V.m. 92, 199 II und 201-203.
- (13) Bei amtlicher Verwahrung oder spätestens, wenn sie zur Verwertung gelangen: SchKG 98 I + III, 223 II.
- (14) SchKG 91 I + II; StGB 323 Ziff. 2 + 3, 164 Ziff. 1.
- (15) SchKG 222 I; StGB 323 Ziff. 4, 163 Ziff. 1.
- (16) Fleiner/Giacometti, S. 247 und 405; Giacometti, S. 5-7 und 248; Grisel, S. 164 f..
- (17) "Dass niemandem ohne gesetzliche Grundlage öffentlichrechtliche Pflichten auferlegt werden dürfen, ist eine Grundregel des Rechtsstaates": Zbl 55 (1954), S. 18; vgl. auch Fleiner, S. 414; Giacometti, S. 209 f., 264 f. und 296; Grisel, S. 324 f..

II. "Drittperson": Abgrenzung und Art ihrer Beteiligung am Schuldbetreibungsverfahren

1. Abgrenzung zu den übrigen am Verfahren Beteiligten

Die Schuldbetreibung spielt sich zwischen Gläubiger und Schuldner ab; Betreibungs- und Konkursamt walten als staatliche Vollstreckungsbehörde. Die Interessen einer betreibungsunfähigen Partei werden durch ihren gesetzlichen Vertreter (18) wahrgenommen. Aber auch die verfahrensmässigen Pflichten des vertretenen Schuldners werden von ihm übernommen; so ist beispielsweise der Vormund im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen sein Mündel auskunftspflichtig, soweit er Kenntnis von dessen Vermögensverhältnissen besitzt (19). Ebenso wenig als Drittperson im eigentlichen Sinne ist der vom Schuldner selbst bestellte Vertreter zu bezeichnen. Ihn kann das Betreibungsamt (20) zurückweisen, wenn er nicht in der Lage ist, umfassend über das Vermögen des Schuldners Auskunft zu erteilen (21). Sodann stehen auch die mit dem Schuldner im gleichen Haushalt lebenden Personen in zu enger Beziehung zu diesem, als dass sie

-
- (18) z.B. Vormund; Inhaber der elterlichen Gewalt; Ehemann hinsichtlich des eingebrachten Frauengutes, sofern nicht der Güterstand der Gütertrennung besteht.
- (19) Der urteilsfähige, unmündige oder entmündigte Schuldner bleibt neben dem gesetzlichen Vertreter auskunftspflichtig. Bei Verletzung dieser Pflicht hat auch er Straffolgen zu gewärtigen, wobei allerdings den besonderen Umständen (jugendliches Alter, verminderte Zurechnungsfähigkeit) Rechnung zu tragen ist. Anders verhält es sich beim Urteilsunfähigen, der keiner Auskunftspflicht obliegt, und dessen allfällige Angaben mit Vorbehalt aufzunehmen sind: vgl. im weiteren Kuhn, S. 20 und 67 f..
- (20) Im Konkurs ist von Gesetzes wegen die persönliche Mitwirkung des Kridaren unerlässlich (SchKG 222 I, 228, 229 I und 244), so dass er sich bezüglich dieser Pflichten nicht vertreten lassen kann: ZR 30 (1931) Nr. 82.
- (21) Davon wird in der Regel abgesehen, wenn der Vertreter genügend pfändbare und leicht verwertbare Vermögenswerte vorzuweisen vermag.

"Dritte" wären (22).

Schliesst man somit Gläubiger und Schuldner, sowie deren Vertreter und Hausgenossen, und das Betreibungs-/Konkursamt aus, so verbleibt als Drittperson nur mehr, wer sonst in irgendeiner Weise in das Schuldbetreibungsverfahren einbezogen werden kann. Dies kann aus zwei verschiedenen Gründen erfolgen (23).

2. Mitwirkung aus eigenem Interesse

Da sind einmal jene Fälle, in denen die Interessen dritter Personen durch die Schuldbetreibung berührt werden. Dies liegt dann vor, wenn Vermögensgegenstände mit Beschlagnahme belegt wurden, an denen ein Dritter Eigentum oder andere dingliche Rechte geltend macht und der sich daher mit der Freigabe- (Widerspruchs-) oder Aussonderungsklage (24) gegen ihre Einbeziehung in die Zwangsvollstreckung wehren will. Der Dritte nimmt aber auch eigene Interessen wahr, wenn er sich der Klage eines Abtretungsgläubigers (25) stellen oder wenn er sich im Anfechtungsprozess (26) für bestimmte, vom Betreibungsschuldner erhaltene Vermögenswerte einsetzen muss.

3. Mitwirkung als öffentlichrechtliche Verpflichtung

Es kommt vor, dass Drittpersonen zu einem Handeln im Schuldbetreibungsverfahren veranlasst werden, obgleich sie darin keine eigenen Interessen wahrzunehmen haben. Ihre Mitwirkung wird nur zur Ermöglichung einer richtigen Durchführung des Verfahrens verlangt, was etwa bei der Vermögens-

(22) Erwachsene Hausgenossen des verstorbenen oder flüchtigen Schuldners sind gleich diesem auskunftspflichtig: SchKG 222 II. Die Zustellung von Betreibungsurkunden, die für den Schuldner bestimmt sind, kann in rechtsgültiger Weise an eine zu seinem Haushalt gehörende erwachsene Person erfolgen: SchKG 64 I.

(23) Gliederung nach Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 97.

(24) SchKG 106/107 und 242.

(25) SchKG 131 II, 260 und 269.

(26) SchKG 285/292.

aufnahme in der Pfändung, im Konkurs oder Arrest, oder zur Feststellung anfechtbarer Handlungen sowie bei der Kollokation von Forderungen nötig sein kann. Eine solche Verpflichtung liegt im öffentlichen Interesse und besteht nicht gegenüber dem Gläubiger oder dem Schuldner, sondern allein gegenüber dem Staat. Es handelt sich hier um eine öffentlichrechtliche Mitwirkungs- oder Verfahrenspflicht, die aus der Unterwerfung jener Personen unter die Staatsgewalt resultiert (27).

Es fällt auf, dass stets solche Personen zur Mitwirkung herangezogen werden, welche mit dem Schuldner (Kridaren) in Verbindung stehen bzw. standen. Dieser Umstand hängt mit der Grundidee des Schuldbetreibungsrechtes, mit der Befriedigung der Gläubiger aus dem schuldnerischen Vermögen, zusammen. So ist denn auch immer das Vermögen des Schuldners Anknüpfungspunkt bei der Suche nach Drittpersonen, deren Mitarbeit für das Verfahren nützlich sein könnte. Zu denken ist hierbei in erster Linie an Personen, denen der Schuldner Vermögensobjekte anvertraut hat, oder bei denen er Räumlichkeiten zur Aufbewahrung bestimmter Werte gemietet hat. Aber auch Schuldner des betriebenen Schuldners, sogenannte Drittschuldner, vermögen für das Verfahren dienliche Informationen zu erteilen.

4. Rechtsfolgen im Falle der Mitwirkungsverweigerung

Es sind nicht nur zweierlei Interessen, welche die beiden Möglichkeiten, Dritte ins Schuldbetreibungsverfahren einzubeziehen, voneinander trennen; sie unterscheiden sich auch in den Folgen für den Fall, dass sich die Drittpersonen einer Mitwirkung widersetzen.

Wird beispielsweise der Drittansprecher aufgefordert, innert zehn Tagen die Freigabeklage anzuheben (SchKG 107 I), so handelt es sich hier nicht um eine Rechtspflicht, welche erzwungen werden könnte und deren Verletzung Strafe

(27) Blumenstein a.a.O., S. 97.

oder Schadenersatzpflicht nach sich ziehen würde. Einziger Nachteil einer Unterlassung wäre der Verzicht auf den Anspruch (Verwirkung: SchKG 107 III) (28). Es ist dies eine natürliche Versäumnisfolge, weil ohne Klage des Dritten über die Berechtigung seines Anspruches nicht entschieden werden kann (29). Guldener (30) bezeichnet eine solche Aufforderung zum Handeln als Obliegenheit; dies im Gegensatz zur eigentlichen Rechtspflicht. Häufiger als Drittpersonen werden den Gläubigern Obliegenheiten auferlegt. So fordert z.B. das Betreibungsamt den Gläubiger zur Leistung eines Kostenvorschusses auf; bis zu dessen Eingang unterbleibt der Vollzug des gestellten Begehrens, und nach unbenütztem Ablauf der Erfüllungsfrist würde es als zurückgezogen gelten (SchKG 68 I; Form. Nr. 43). Oder es wird dem Gläubiger Frist angesetzt, um gegen einen Drittansprecher Klage auf Aberkennung des Anspruches einzureichen, ansonst Anerkennung des Anspruches angenommen würde (SchKG 109; Form. Nr. 24 + 26). Dieselbe Androhung findet sich in den Form. Nr. 18 + 20/21, wo dem Gläubiger gemäss SchKG 106 II aufgetragen ist, den Drittanspruch lediglich zu bestreiten (31).

Anders verhält es sich bei den öffentlichrechtlichen Mitwirkungspflichten, welche, soweit sie ausdrücklich im SchKG begründet sind, für den Unterlassungsfall nicht bloss einen Rechtsnachteil in Aussicht stellen, sondern mit Strafandrohungen versehen sind (32). Sodann kann ein Verstoß

-
- (28) Vgl. die Androhung in den Form. Nr. 23 und 25 der EDMZ. Gleiches gilt für die Aussonderungsklage gemäss SchKG 242 II.
- (29) Analog hierzu hat sich der Dritte auch im Abtretungs- bzw. Anfechtungsprozess als Beklagter zu wehren, wenn er nicht Prozessnachteile auf sich nehmen will.
- (30) Guldener, S. 187 f..
- (31) Weitere Obliegenheiten des Gläubigers ergeben sich aus den Art. 111 Abs. 2 (Form. Nr. 8) und 73 Abs. 2 SchKG (Fakult. Form. Nr. 1) sowie aus den Art. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 und Art. 8 der Verordnung des Bundesgerichtes betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach dem BG vom 2.4.1908 über den Versicherungsvertrag, vom 10.5.1910 (Form. Nr. 14-16).
- (32) SchKG 232 II Ziff. 3 + 4 und StGB 324 Ziff. 2 + 3.

des Dritten gegen diese Rechtspflichten bewirken, dass er für einen allfälligen, damit zusammenhängenden Schaden aufzukommen hat (33). Das Bundesgericht begnügt sich nicht mit straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen im Widersetzungsfall, sondern bejaht bei Vorliegen gewisser Umstände sogar eine zwangsweise Durchsetzung jener Pflichten, die mittels Polizeigewalt vollzogen werden können (34). Allein mit diesen im SchKG enthaltenen oder durch die Schuldbetreibungspraxis geschaffenen Verfahrenspflichten von Drittpersonen sowie mit deren Durchsetzungsmöglichkeiten will sich die vorliegende Arbeit auseinandersetzen.

§ 3 Die Mitwirkungspflichten von Drittpersonen im Schuldbetreibungsverfahren und deren Durchsetzung (Uebersicht)

Die nachstehende Uebersicht soll die in den Gesetzen ausdrücklich geregelten, die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes entwickelten sowie die aus der Praxis hervorgegangenen Verfahrenspflichten von Drittpersonen und deren Erzwingungsmöglichkeiten aufzeichnen.

I. In Gesetzen verankerte Mitwirkungspflichten

Durch die Gesetzesnovelle vom 28. Sept. 1949 wurde neu Art. 57a in das SchKG eingefügt, der in Abs. 1 dem Betreibungsamt bei Militärdienst des Schuldners erleichtern soll, dessen militärische Einteilung und Aufenthaltsort festzustellen. Zu diesem Zweck wird den Hausgenossen, aber - bei Zustellung von Betreibungsurkunden in einen geschäftlichen Betrieb - auch dem Arbeitgeber und gegebenenfalls den Angestellten des Schuldners eine diesbezügliche Auskunftspflicht auferlegt. Zur Bestimmung der Dauer des Rechtsstillstandes, in dessen Genuss der diensttuende Schuldner

(33) OR 41 ff..

(34) BGE 55 III 12 ff.; 66 III 30 ff.; 102 III 6 ff..

gelangt, wird im weitem die zuständige Kommandostelle dazu angehalten, auf Anfrage des Betreibungsamtes (Form. Nr. 49) die Entlassung oder Beurlaubung des Schuldners bekanntzugeben (SchKG 57a II). In Abs. 3 der gleichen Vorschrift sind die Sanktionen (1) zu diesen Auskunftspflichten aufgeführt. Aus der Anwendung von SchKG 57a sind in der Praxis keine Schwierigkeiten erwachsen, so dass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

Die andern im SchKG ausdrücklich aufgezählten Mitwirkungspflichten von Drittpersonen beziehen sich ausschliesslich auf den Konkurs. Als Generalexekution setzt der Konkurs das vollständige Auffinden des schuldnerischen Vermögens voraus, was ohne die Mithilfe von Dritten regelmässig scheitern müsste.

Die Schuldner des Kridaren werden in SchKG 232 II Ziff. 3 aufgerufen, sich innert der in der Konkurspublikation angegebenen Eingabefrist als solche anzumelden, ansonst sie mit einer Strafe (StGB 324 Ziff. 2) zu rechnen hätten. Ziff. 4 der rämlichen Bestimmung verpflichtet "diejenigen, welche Sachen des Gemeinschuldners als Pfandgläubiger oder aus anderen Gründen besitzen, dieselben, ohne Nachteil für ihr Vorzugsrecht, binnen der Eingabefrist dem Konkursamte zur Verfügung zu stellen, mit Strafandrohung (StGB 324 Ziff. 3) für den Unterlassungsfall und mit der Beifügung, dass im Falle ungerechtfertigter Unterlassung das Vorzugsrecht erlösche". Diese Mitwirkungspflichten des Drittschuldners bzw. des Drittgewahrsamsinhabers im Konkursverfahren sind unbestritten und bereiten in der Praxis kaum Probleme, weshalb nicht näher auf sie einzutreten ist.

Eine Obliegenheit und keine verfahrensmässige Pflicht (2) beinhaltet die Anzeige gemäss SchKG 99, wonach der

-
- (1) Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) bzw. Verletzung von Dienstvorschriften (Art. 72 Militärstrafgesetzbuch).
 - (2) Vgl. zu dieser Unterscheidung: oben, S. 14 f..

Drittschuldner einer gepfändeten Forderung rechtsgültig nur mehr an das Betreibungsamt leisten könne. Der Drittschuldner hält sich im eigenen Interesse an diese Anweisung, denn sonst läuft er Gefahr, für dieselbe Schuld zweimal belangt zu werden (3). Angesichts dieses drohenden Nachteils bedarf es keiner besonderen Strafandrohung. Eine Auskunftspflicht des Dritten ist dieser Vorschrift indessen selbst bei weitester Auslegung nicht zu entnehmen (4); die in Form. 9 enthaltene Aufforderung an den Drittschuldner, sich darüber zu äussern, ob er die Forderung anerkenne, oder aus welchen Gründen er sie bestreite, findet demnach in SchKG 99 keine Rechtsgrundlage (5).

Interessant ist, dass das streng gehütete Postgeheimnis einem schriftlichen Auskunfts- oder Auslieferungsge- such der zuständigen Betreibungs- bzw. Konkursbehörde (6) nicht standhält. Die Organe der Postverwaltung haben gemäss Art. 6 Abs. 4 des Postverkehrsgesetzes (7) "Stück- und Wertsendungen, eingezogene oder angewiesene Beträge sowie Guthaben von Rechnungsinhabern auszuliefern, wenn gegen den Berechtigten eine Pfändung oder ein Arrestbefehl zu vollziehen ist. Die Auslieferungspflicht erstreckt sich auch auf die übrigen Postsendungen, wenn über das Vermögen des Berechtigten der Konkurs eröffnet oder laut Verfügung des Konkursgerichtes ein Güterverzeichnis aufzunehmen ist." Das Konkursamt ist überdies berechtigt, Einsicht in die genannten Postsendungen zu nehmen und Auskunft über den Postverkehr des Gemeinschuldners zu verlangen (8). Das

-
- (3) Komm. Jaeger N 7 zu Art. 99 SchKG; Blumenstein Handbuch, S. 344.
 - (4) Blumenstein bezeichnet SchKG 99 als rein materiellrechtliche Bestimmung, was ebenso für Art. 56 des BG über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908 gilt: Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 98, Anm. 1.
 - (5) Komm. Weber/Brüstlein N 5 zu Art. 99 SchKG
 - (6) Die laut SchKG zuständigen Organe sind in Art. 14 der Verordnung zum Postverkehrsgesetz vom 1.9.1967 aufgeführt.
 - (7) BG betr. Postverkehr vom 2.10.1924 (PVG).
 - (8) Art. 38 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13.7.1911 füllt eine Lücke des PVG aus; Spitzer, S. 134.

Postgeheimnis wird im Zwangsvollstreckungsrecht eingeschränkt, um so dem zahlungsunwilligen Schuldner einen Missbrauch dieses Rechtsinstitutes zu vereiteln (9).

II. In der Praxis entwickelte Mitwirkungspflichten und deren Erzwingungsmöglichkeiten

Die beschränkte, gesetzliche Regelung der Mitwirkungspflichten von Drittpersonen genügte nicht den praktischen Bedürfnissen der Schuldbetreibung. Die Vollstreckungsbehörden und das Bundesgericht als oberste Beschwerdeinstanz haben daher weitere Verfahrenspflichten Dritter geschaffen.

1. Durch das Bundesgericht geschaffene Mitwirkungspflichten

Ohne näher auf die Notwendigkeit und Berechtigung der vom Bundesgericht ausgearbeiteten Verfahrenspflichten und deren Erzwingungsmöglichkeiten einzugehen, was Gegenstand des besonderen Teils der vorliegenden Arbeit bilden wird, sollen diese Pflichten nachstehend in ihrer chronologischen Entstehung aufgeführt werden.

a) im Pfändungsverfahren

In BGE 51 III 37 ff. hat das Bundesgericht in analoger Anwendung der konkursrechtlichen Regelung von SchKG 232 II Ziff. 4 eine Gesetzeslücke im Pfändungsrecht geschlossen. Es hat Drittpersonen verpflichtet, dem Betreibungsamt darüber Auskunft zu geben, ob, und allenfalls welche Gegenstände des Schuldners sich in ihrem Besitz befänden, und diese ihm zur Verfügung zu stellen. Zwangsmittel zur Durchsetzung dieser Pflichten sähe das SchKG keine vor; insbesondere wäre eine extensive Auslegung von SchKG 91 II unzulässig. Offen blieb die Frage, ob eine Mitwirkungsverweigerung zivil- und/oder strafrechtliche Folgen nach sich ziehe. Abgelehnt - weil zum Pfändungsvollzug nicht notwen-

(9) Näheres zum Postgeheimnis im Schuldbetreibungsverfahren bei Spitzer, S. 129 ff..

dig - wurde hingegen die Annahme einer ähnlichen Auskunftspflicht für den Drittschuldner (so schon BGE 40 III 169). Die Auskunfts- und Herausgabepflicht des Drittgewahrsamshabers wurde in der Folge wiederholt bestätigt (10).

BGE 55 III 12 ff. billigt dem Betreibungsamt zu, nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch zu nehmen, um sich Zugang zu den Räumlichkeiten eines Dritten zu verschaffen, der den Gewahrsam von der Pfändung unterliegenden Gegenständen zugibt (11). In BGE 66 III 30 ff. geht das Bundesgericht weiter und spricht sich für eine analoge Anwendung von SchKG 91 II auch auf den Dritten aus, der nachgewiesenermassen Vermögenswerte des Schuldners besitzt, vorausgesetzt, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht mehr bestritten (12) werden könne (13). In BGE 102 III 6 ff. sodann wird das Betreibungsamt angewiesen, auch bei bloss provisorischer Pfändung - wenn nötig - die zwangsweise Oeffnung eines vom Schuldner gemieteten Tresorfaches zu veranlassen.

Die Strafsanktion gemäss StGB 164 Ziff. 2 trifft nach BGE 70 IV 74 nur Dritte, die Sachen des Betriebenen im Gewahrsam haben und die zu deren Angabe aufgefordert wurden. Laut BGE 79 III 111 ff. kann der Betreibungsbeamte, um ein gesetzmässiges Verfahren zu sichern, auch die Strafandrohung gemäss StGB 292 gegen diejenigen verhängen lassen, die den Verfahrensgang widerrechtlich stören (14).

(10) BGE 55 III 15; 66 III 33; 70 IV 77.

(11) in BGE 60 III 142 und 61 III 152 bestätigt.

(12) Dies zumindest im laufenden Betreibungsverfahren, sei es, dass kein Rechtsvorschlag erhoben wurde, oder sei es, dass ein solcher definitiv beseitigt wurde.

(13) Vgl. auch BGE 79 III 113, wo es nicht um den Pfändungsakt als solchen, sondern um die Herausgabe gepfändeter Maschinen ging. Bereits in BGE 22, 994 ff., wurde die Inanspruchnahme der Polizeigewalt gegenüber einem Vermieter bejaht, der unter Hinweis auf sein Retentionsrecht den Betreibungsbeamten am Pfändungsvollzug hindern wollte.

(14) Bestätigt in BGE 81 IV 328 E.2.

b) im Arrestverfahren

Vor Zulassung des Gattungsarrestes war die Auskunftspflicht des Arrestschuldners und des Dritten, der für ihn Sachen in Gewahrsam hatte, auf die im Arrestbefehl einzeln und spezifiziert aufgeführten Gegenstände beschränkt (BGE 40 III 165 ff.) (15). Mit dem Entscheid vom 25. Februar 1930 i.S. Sauter AG (BGE 56 III 44 ff.) wurde das Erfordernis der exakten Spezifikation der Arrestgegenstände im Arrestbefehl aufgegeben; fortan sollte eine gattungsmässige Bezeichnung in Verbindung mit der genauen Angabe der Oertlichkeit, wo sie sich befinden, oder der Person, welche sie im Gewahrsam hat, genügen. Diese Erleichterung zwang das Bundesgericht andererseits, die bisherige Auskunftspflicht zu erweitern, um so den Arrestvollzug sicherzustellen. Die durch SchKG 275 i.V.m. 91 dem Schuldner auferlegten Offenbarungspflichten (16) bestünden beim Arrestvollzug indessen nur insoweit, als sie zur Arrestierung der im Arrestbefehl genannten Gegenstände nötig wären. Die gleichen Pflichten sollen den im Arrestbefehl bezeichneten dritten Gewahrsamsinhaber treffen (17), mit dem Unterschied freilich, dass ihm gegenüber keinerlei Zwangsmittel zu Gebote stünden (18). Galt bis anhin ein Arrestvollzug als gescheitert, wenn es nicht gelang, das Vorhandensein bestimmter Gegenstände der im Arrestbefehl bezeichneten Art festzustellen und sie in der Arresturkunde aufzuzeichnen, so änderte sich dies mit BGE 63 III 63 ff.. Seither wird der Vollzug in der Weise zugelassen, dass die Arrestgegenstände nur in allgemeiner Umschreibung in die Arresturkunde aufgenommen werden, wenn

-
- (15) Es ist Sache des Arrestgläubigers, die Arrestgegenstände ausfindig zu machen: BGE 40 III 168.
- (16) Verpflichtung, dem Betreibungsbeamten auf Anfrage Auskunft zu erteilen und seine Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen.
- (17) Bestätigt in BGE 58 III 151; 60 III 26; 63 III 66, 76; 75 III 108/09; 100 III 28 E.2; 101 III 63; 103 III 92 E.1.
- (18) Bestätigt in BGE 60 III 26, 142; 63 III 76; 75 III 110.

nähere Feststellungen unmöglich sind (19).

Weniger deutlich geht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes hervor, ob auch der Drittschuldner sich gegenüber dem Betreibungsamt offenbaren müsse. BGE 75 III 109 und 96 III 110 lassen - anders als beim Pfändungsvollzug (BGE 51 III 41) - auf eine solche Pflicht schliessen (20). In beiden Fällen erstreckte sich der Arrestbefehl sowohl auf Wertschriften wie auch auf Guthaben des Schuldners bei einer Bank, ohne dass die Auskunftspflicht bezüglich der letzteren eingeschränkt worden wäre.

Nachdem es in BGE 58 III 154/55 die Androhung einer Strafanzeige wegen Ungehorsams gegen einen die Auskunft verweigernden dritten Gewahrsamsinhaber zunächst befürwortet hatte, wich das Bundesgericht in BGE 60 III 22 ff. von dieser Meinung wieder ab. In BGE 75 III 110/11 bekräftigte es zwar den früher aufgestellten Grundsatz, dass dem Betreibungsamt keinerlei Zwangsmittel (21) gegen einen renitenten Dritten zur Verfügung stünden, deutete aber gleichzeitig einen Vorbehalt an. Sollte nämlich die dem Arrest zugrundeliegende Forderung durch einen Vollstreckungstitel ausgewiesen sein, womit die Rechtslage derjenigen beim Pfändungsvollzug ähnlich käme, so liesse sich allenfalls die Anwendung von StGB 292 rechtfertigen (22). In BGE 102 III 9 sodann hat das Bundesgericht diese Möglichkeit eindeutig bejaht, wobei es zu den Vollstreckungstiteln auch einen solchen aus provisorischer Rechtsöffnung zählte.

BGE 75 III 110 weist überdies auf die zivilrechtli-

-
- (19) Etwa, weil der im Ausland wohnende Schuldner, gegen den keine Strafmassnahmen statthaft sind, und der dritte Gewahrsamsinhaber die Auskunft verweigern. Diese Vollzugspraxis wurde bestätigt in BGE 66 III 32; 67 III 11; 90 III 96; 96 III 110; 100 III 28.
- (20) Vgl. auch BGE 100 III 29.
- (21) In Frage kommt ohnehin nur mittelbarer Zwang in Gestalt einer Ungehorsamsstrafe, da unmittelbarer Zwang durch Anwendung polizeilicher Gewalt hier dem Wesen der Sache nach versagt.
- (22) Bestätigt in BGE 101 III 63 und 103 III 94 E.4.

che Haftung des widersetzlichen Dritten hin.

c) im Konkursverfahren

Rechtlich keine Schwierigkeiten bietet im Konkursverfahren die Anordnung der Auskunft- und Herausgabepflicht von Drittpersonen. Die gesetzlichen Grundlagen hierfür finden sich in SchKG 232 II Ziff. 3 (Drittschuldner) und Ziff. 4 (Drittgewahrsamsinhaber). Ebenso sind die strafrechtlichen Konsequenzen im Widersetzungsfall durch StGB 324 Ziff. 2 und 3 und evtl. 163 Ziff. 2 rechtlich abgesichert.

Nicht im Gesetz geregelt ist hingegen die Frage, ob die Konkursbehörde die Herausgabe von Gegenständen des Gemeinschuldners aus dem Gewahrsam einer Drittperson mit polizeilicher Hilfe erzwingen könne. Die positive Antwort auf diese Frage hat das Bundesgericht in BGE 51 III 135 ff. mit Hilfe des Schlusses "a maiore in minus" aus SchKG 229 I Satz 3 und der Strafandrohung in SchKG 232 II Ziff. 4 gefolgert (23). Die zwangsweise Wegnahme wäre nur soweit zulässig, als dem Dritten eine Meldepflicht obliegen würde; sie müsste immer dann entfallen, wenn der Dritte die Zugehörigkeit zur Konkursmasse bestreiten würde (24).

2. In den amtlichen Betreibungs- und Konkursformularen festgehaltene Mitwirkungspflichten

Die gesetzlichen und durch das Bundesgericht entwickelten Mitwirkungspflichten dritter Personen wurden durch die Praxis der Betreibungs- und Konkursämter nicht nur übernommen und in den amtlichen Formularen konkretisiert, sondern zum Teil auch weiter ausgebaut. So versuchen vorab die Betreibungsämter, den Verfahrensgang sicherzustellen und zu beschleunigen, indem sie Dritte aktiv zur Mitarbeit heranziehen. Diese Drittpersonen handeln dabei nicht im eigenen Interesse, wenn sie der amtlichen Aufforderung nachkommen,

(23) Bestätigt in BGE 86 III 29; 90 III 20 f.; 94 III 99.

(24) BGE 51 III 138 und 86 III 29.

sondern dienen dem öffentlichen Interesse an einer richtigen Verfahrensdurchführung.

Vom Form. Nr. 9 und der darin enthaltenen Aufforderung an den Drittschuldner, die fällige Schuld sofort an das Betreibungsamt zu bezahlen oder sich umgehend darüber zu erklären, ob er die Forderung anerkenne oder aus welchen Gründen er sie bestreite, war bereits die Rede (25). Ebenso von der in Form. Nr. 49 gestützt auf SchKG 57a II erlassenen Meldepflicht der militärischen Kommandostelle des Betriebenen. In Form. Nr. 10 wird der Arbeitgeber des Betreibungsschuldners mit der Lohnpfändungsanzeige zugleich angewiesen, dessen allfällige Stellenaufgabe oder vorübergehende Arbeitsunfähigkeit dem Betreibungsamt sofort mitzuteilen sowie weitere Auskünfte zu erteilen (26). In der Anzeige von der Pfändung eines Anteilrechtes (Form. Nr. 17) (27) werden die am Gemeinschaftsvermögen beteiligten Dritten aufgefordert, sämtliche für den Schuldner bestimmte, die Gemeinschaft betreffende Mitteilungen künftig dem Betreibungsamt zu machen.

All diese amtlichen Aufforderungen enthalten keine Strafandrohungen für den Widersetzungsfall. Die Frage, ob es allenfalls angehe, ihnen mit dem Hinweis auf die Strafandrohung von StGB 292 mehr Gewicht zu verleihen, muss hier noch offenbleiben (28).

-
- (25) Vgl. oben, S. 17, wo festgestellt wurde, dass SchKG 99 keine Rechtsgrundlage für eine Auskunftspflicht des Drittschuldners bildet. Eine ähnliche Regelung für den Konkursfall findet sich in Form. NK Nr. 74, wobei der Hinweis auf die Möglichkeit der Konkursmasse, die Forderung auf dem Rechtsweg geltend zu machen, auffällt. Die Konkursverwaltung kann auf Grund ihrer Verfahrensstellung in ihren Mitteln weiter gehen als das Betreibungsamt.
- (26) Bekanntgabe der Adresse des neuen Arbeitgebers des Schuldners bzw. bei Militärdienst dessen militärische Anschrift.
- (27) Anteil des betriebenen Schuldners an einer unverteilter Erbschaft, an Gesellschafts- oder sonstigen Gemeinschaftsvermögen: SchKG 104.
- (28) Das Verhältnis von StGB 292 zu den betriebsrechtlichen Ungehorsamstatbeständen wird in § 12 I 2 lit. c behandelt.

In den Konkursformularen findet man kaum Mitwirkungspflichtigen Dritter, da sich das Konkursamt - anders als das Betreibungsamt - mit seiner Aufforderung in der amtlichen Konkurspublikation (SchKG 232) direkt an alle möglichen Betroffenen wenden kann.

3. Folgerungen aus den in der Praxis entwickelten Mitwirkungspflichten

Betrachtet man die in der Schuldbetreibungspraxis geschaffenen Verfahrenspflichten dritter Personen, so fällt auf, dass das Betreibungsamt in erster Linie Dritte zur Mitwirkung beizieht, welche entweder Vermögensobjekte des Betriebenen im Gewahrsam haben oder welche als Schuldner zu diesem in Beziehung stehen. Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner können - vom Schuldner abgesehen - am ehesten zur Befriedigung der Betreibungsgläubiger beitragen; Haftungssubstrat der Schuldbetreibung bildet ja lediglich das schuldnerische Vermögen. Daraus erhellt auch, dass deren Mitwirkung am Verfahren in einer Auskunftgabe über die Vermögenswerte des Betriebenen bzw. in der Herausgabe derselben an das Betreibungsamt besteht. Gemessen an der praktischen Tragweite dieser Pflichten kommt den übrigen in den Betreibungsformularen enthaltenen, nicht das Vermögen betreffenden Verfahrenspflichten Dritter (29), eine bloss untergeordnete Bedeutung zu.

Weiter fällt auf, dass es nur dann zulässig sein soll, direkte oder indirekte Zwangsmittel zur Durchsetzung der Auskunfts- und Herausgabepflicht einzusetzen, wenn die Berechtigung der in Betreibung gesetzten Forderung zumindest durch einen provisorischen Pfändungstitel ausgewiesen ist.

(29) Wie etwa die Auskunftspflicht Dritter über den Aufenthalts- oder Arbeitsort des Schuldners.

§ 4 Der betreibungsrechtliche Gewahrsamsbegriff

Den vorstehenden Ausführungen ist zu entnehmen, dass die Verfahrenspflichten Dritter in der Schuldbetreibung vorab Drittschuldner und Drittgewahrsamsinhaber treffen. Erstere bieten begrifflich keine Schwierigkeiten; bei den letzteren hingegen bedarf der Gewahrsamsbegriff (1) einer näheren Abklärung.

Der Gewahrsamsbegriff begegnet uns nicht nur im Schuldbetreibungsrecht, sondern auch im Zivilrecht (ZGB 700 und 725; OR 57) und insbesondere im Strafrecht (StGB 137). Er ist für jedes Rechtsgebiet selbständig (2) und nach dessen speziellen Zielen und den sich daraus ergebenden Auslegungsbedürfnissen zu bestimmen. Wenn von Gewahrsam die Rede ist, darf natürlich der zivilrechtliche Besitzesbegriff (3) nicht fehlen.

I. Abgrenzung zum zivilrechtlichen Besitz und Gewahrsam

Der zivilrechtliche Besitzesbegriff setzt sich zusammen aus einem äusseren, körperlichen Element, der Ausübung einer tatsächlichen Gewalt über eine Sache, und einem inneren, psychischen Element, dem Willen, diese Gewalt zu betätigen (4). Dem Willen kommt indessen keine selbständige Bedeutung zu; er ist "im Begriff der Sachherrschaft mehr oder weniger eindeutig enthalten" (5).

Der Gesetzgeber hat im Betreibungsrecht bewusst nicht

-
- (1) Der Gewahrsam ist nicht nur im Zusammenhang mit den Verfahrenspflichten von Bedeutung, sondern in besonderem Masse auch für die Parteirollenverteilung im Widerspruchs- und Aussonderungsprozess; SchKG 106 und 109; 242.
- (2) Hinderling, S. 424.
- (3) Art. 919 ff. ZGB.
- (4) Tuor/Schnyder, S. 469. Vgl. für Einzelheiten: Hinderling, S. 413 ff.; Tuor/Schnyder, S. 469 ff.; Komm. Homberger N 1 bis 7 zu ZGB 919; Komm. Stark N 2 bis 18 und N 24 bis 28 zu ZGB 919.
- (5) Komm. Stark N 25 zu ZGB 919; Tuor/Schnyder, S. 471, sprechen von der sog. Relativität des Besitzesbegriffes, dessen Inhalt seiner jeweiligen Funktion zu entnehmen sei.

auf den Besitz des ZGB abgestellt, obschon die Funktion des Besitzes derjenigen des Gewahrsams gemäss SchKG 106 ff. ähnlich ist. In beiden Rechtsgebieten soll in der Tatsache der Innehabung eines Gegenstandes eine gewisse Vermutung des Eigentums liegen (6). Der Betreibungsbeamte soll sich jedoch nicht in langwierige Untersuchungen und in die Prüfung schwieriger Rechtsfragen einlassen; praktische Gründe müssen eine Würdigung der äusseren, materiellen Tatsachen genügen lassen (7). Das Bundesgericht hat diese Ansicht in ZR 43 (1944) Nr. 58, wo die Parteirollenverteilung im Widerspruchsverfahren streitig war, bekräftigt: "Das Betreibungsamt hat sich an die nach aussen in Erscheinung tretenden, augenfälligen Herrschaftsverhältnisse zu halten". Der betreibungsrechtliche Gewahrsam stellt demnach ein rein räumliches Herrschaftsverhältnis dar (8); massgebend ist nur, wer bei äusserlicher Betrachtung die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache oder Forderung (9) besitzt (10). Auch wenn das Bundesgericht im Zusammenhang mit den Mitwirkungspflichten zuweilen (11) vom Besitz des Dritten spricht, kann es damit nur den betreibungsrechtlichen Gewahrsam im umschriebenen Sinne meinen.

Dieser Umschreibung recht nahe kommt der zivilrechtliche Gewahrsamsbegriff, wie er etwa ZGB 725 zugrundeliegt. Auch hier wird darunter ein blosses Raumverhältnis, das oft

-
- (6) Komm. Stark N 51 zu den Vorbemerkungen Rechtsschutz, Art. 930 bis 937 ZGB.
 - (7) BGE 22, 303; vgl. auch BGE 57 III 181; 71 III 64; 87 III 12; Komm. Jaeger N 1 zu SchKG 106.
 - (8) Er bildet für sich allein ein Element des Besitzes; Komm. Homberger N 9 zu ZGB 919.
 - (9) Im Gegensatz zum Besitz des ZGB, der ausser Sachen nur noch Grundlasten und Grunddienstbarkeiten zu umfassen vermag, unterstellt die Gerichtspraxis dem betreibungsrechtlichen Gewahrsam - trotz des engen Wortlautes von SchKG 106 - auch Rechte, so insbesondere Forderungen; BGE 75 III 67; 79 III 162/63; 88 III 57 und 127.
 - (10) BGE 54 III 148; 71 III 6; 83 III 28; 87 III 12; vgl. auch Lotz, S. 77 f.
 - (11) So etwa in BGE 51 III 37 ff.; 56 III 48; 70 IV 77.

eine tatsächliche Gewalt begründet, verstanden (12). Ein Herrschaftswille ist in keiner Weise erforderlich. Der Unterschied liegt darin, dass der zivilrechtliche Gewahrsam - wie der Besitz (13) - keine Forderungsrechte umfassen kann.

II. Abgrenzung zum strafrechtlichen Gewahrsam

Neben der tatsächlichen Sachherrschaft setzt der strafrechtliche Gewahrsam den Willen des Gewahrsamsträgers voraus, die Sache seiner Herrschaftsmöglichkeit gemäss zu beherrschen (14). Insoweit deckt sich der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff mit dem zivilrechtlichen Begriff des unmittelbaren Besitzes, ohne aber mit ihm identisch zu sein (15).

Abgesehen von der unterschiedlichen Funktion des Gewahrsams im Betreibungs- und Strafrecht (16), weichen die beiden Begriffe somit auch im Erfordernis des Herrschaftswillens voneinander ab. Interessant sind die Bestrebungen, im Rahmen einer Neufassung des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffes vom subjektiven Teil, d.h. von der Innenseite der im Diebstahlsdelikt geschützten Beziehung zwischen Person und Sache loszukommen und nur mehr auf die nach aussen in Erscheinung tretende Personen-Sach-Beziehung abzustellen (17). Damit würde eine Annäherung zum betreibungsrechtlichen Gewahrsamsbegriff geschaffen.

III. Zusammenfassung

Gewahrsam im betreibungsrechtlichen Sinne hat, wer bei äusserlicher Betrachtung in näherer Beziehung zur Sache oder Forderung steht. Dies kann je nach Fall der Schuldner bzw. die Konkursmasse, ein Ansprecher oder eine andere Drittperson sein.

(12) Komm. Stark N 29 zu ZGB 919 mit Literatur-Hinweisen.

(13) Vgl. oben Anm. 9

(14) Stratenwerth, S. 182; Schwander, Nr. 534; Maurach, S. 202.

(15) Näheres hierzu in den Dissertationen von Schubarth und Levi-Anliker.

(16) Im Strafrecht ist der Gewahrsam Abgrenzungskriterium des Diebstahls zu den übrigen Aneignungsdelikten; Schwander, Nr. 544; Levi-Anliker, S. 20 ff..

(17) Dieses Postulat stellt Levi-Anliker, S. 58 ff..

ZWEITES KAPITEL

Der mitwirkungspflichtige Bankier und das Bankgeheimnis

Es kommt nicht von ungefähr, dass der Bankier mehr als andere Drittpersonen zur Mitarbeit im Schuldbetreibungsverfahren aufgefordert wird. Aufbewahrung, Verwaltung und Erhaltung von Vermögen zählen zu seinen typischen Aufgaben, weshalb er als dritter Gewahrsamsinhaber, Drittschuldner und Vermieter von Schrankfächern den Betreibungsbehörden bei ihrer Tätigkeit in besonderem Masse dienlich sein könnte. Die Banken sind indessen nicht bereit, in jedem Fall dem betreibungsamtlichen Auskunftsbegehren nachzukommen und die gewünschten Informationen zu erteilen. Sie begründen ihre Weigerung - etwa im Arrestverfahren - mit der ihnen auferlegten Geheimhaltungspflicht (1). Es stellt sich mithin die Frage, ob dem Bankier eine besondere Stellung unter den mitwirkungspflichtigen Drittpersonen zukommt. Der Beantwortung dieser Frage im besonderen Teil dieser Arbeit soll nachfolgend eine summarische Betrachtung des schweizerischen Bankgeheimnisses vorangehen.

§ 5 Ueberblick über das schweizerische Bankgeheimnis

I. Einleitung

Die Institution des Bankgeheimnisses ist nicht unumstritten. Gerade in neuester Zeit mehrten sich die Angriffe aus dem In- und Ausland gegen die Banken, wobei man ihnen immer wieder vorwarf, sie würden unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses die Kapital- und Steuerflucht ermöglichen bzw.

(1) Vgl. die Verhaltensmassregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung an ihre Mitgliedbanken im Zirkular Nr. 87 D vom 10. Juni 1955.

begünstigen oder gar kriminelle Transaktionen verbergen (2). Vielfach entspringen diese oft übertriebenen Vorwürfe einem falschen Verständnis des Bankgeheimnisses (3), dem die Banken seit ein paar Jahren mit objektiven Informationen (4) vermehrt entgegenzutreten versuchen. Immerhin konnten die Kritiker einen Teilerfolg verbuchen, indem Bankiervereinigung und Nationalbank im Anschluss an den "Kreditanstalt-Chiasso-Skandal" (5) eine Vereinbarung über die Handhabung des Bankgeheimnisses und die Sorgfaltspflichten der Banken trafen (6).

II. Historisches

Verglichen mit den "klassischen" Berufsgeheimnissen des Arztes, des Geistlichen und des Rechtsanwaltes ist dasjeni-

-
- (2) Kritik aus dem Ausland: NZZ 1969, Nr. 8, S. 5 (Der amerikanische Bezirksanwalt Robert M. Morgenthau sieht im schweizerischen Bankgeheimnis den Grund für das "white collar" und "organized crime" in den USA); NZZ 1974, Nr. 466, S. 4 und Nr. 484, S. 19 (Äthiopische Stimmen gegen das schweizerische Bankgeheimnis, welches ein Auffinden des angeblich in der Schweiz liegenden Vermögens des gestürzten Kaisers Haile Selassie verunmögliche). Einer der jüngsten Fälle betrifft die Kapitalfluchtmilliarden der Kaiserfamilie und der Generalität des Irans.

Kritik aus dem Inland: NZZ 1970, Nr. 135, S. 19 und Nr. 140, S. 14 (Das Bankgeheimnis gestatte den Banken, sich über die elementaren Regeln des Obligationen- und Erbrechts hinwegzusetzen).

Mit der Lancierung einer Bankeninitiative durch die Sozialdemokratische Partei der Schweiz, welche eine Auskunftspflicht der Banken in Steuer- und Strafsachen statuieren will, ist das Bankgeheimnis erneut in den Blickpunkt des allgemeinen Interesses gerückt: NZZ 1978, Nr. 115, S. 13.

- (3) Vgl. hierzu den Aufsatz "Das Bankgeheimnis in der Schusslinie" von Dr. Beat Kleiner in Band 10 der Schriftenreihe "Bankwirtschaftliche Forschungen" (Bern 1972).
- (4) Zum Thema Bankgeheimnis gibt es zahlreiche Bankbroschüren.
- (5) NZZ 1977, Nr. 146, S. 19 und Nr. 147, S. 19.
- (6) NZZ 1977, Nr. 128, S. 17: Missbräuche des Bankgeheimnisses sollen dadurch ausgeschlossen werden.

ge des Bankiers (7) entsprechend der Entwicklung des modernen Bankgewerbes relativ jung. Das Bankgeheimnis wird erstmals Ende des 16. und anfangs des 17. Jahrhunderts in den Satzungen und Dienstanweisungen für die Angestellten der ersten Staatsbanken erwähnt. So weist Schaefer (8) in den Regeln der im Jahre 1593 gegründeten Bank des heiligen Ambrosius der Stadt Mailand folgende Stelle nach: "Man gebe niemand Aufschluss über andere, ausser dem Anfragenden über sich selbst, desgleichen dessen Bevollmächtigten, Erben usw. bei Strafe des Amtsverlustes und noch grösserer Strafe, je nach dem Gutachten des Vikars und der Zwölfe". Derartige, die bankberufliche Verschwiegenheitspflicht statuierende Bestimmungen finden sich in der Folge mehr und mehr in den Bankstatuten und -reglementen (9), so auch bei den ersten in der Schweiz ins Leben gerufenen Sparkassen und Kantonalbanken. Verstärkt wurde dieser Schutz der persönlichen Geheimsphäre des Bankkunden im Jahre 1934, als das Bankengesetz in Art. 47 Abs. 1 lit. b (10) die Verletzung der Schweigepflicht unter Strafe stellte.

III. Das Bankgeheimnis besteht auch ohne Bankengesetz

Das Bankgeheimnis ist kein iuristischer Begriff, sondern die "Summe all jener Rechtssätze, die dem Bankier die Schweigepflicht auferlegen, in bezug auf Tatsachen, die er in Ausübung seines Berufes erfahren hat" (11). Dies wird auch durch den Umstand bestätigt, dass es keine gesetzliche

-
- (7) Zur begrifflichen Umschreibung des Bankiers, den wir im folgenden mit der Bank und deren Organen und Angestellten identifizieren, vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BaG; Bankengesetz) vom 8.11.1934.
 - (8) Schaefer in SBG-Publikation, Juni 1945, S. 3.
 - (9) Sichtermann, S. 50 ff. hat die Geschichte des Bankgeheimnisses einlässlich aufgezeichnet.
 - (10) Seit der Teilrevision des BaG vom 11.3.1971 nunmehr Art. 47.
 - (11) Lavanchy, S. 7; ebenso Jann, S. 8, der aber m.E. zu Unrecht zwischen einem privat- und öffentlichrechtlichen Bankgeheimnis unterscheidet.

Umschreibung des Bankgeheimnisses gibt (12). Das Bankengesetz will über das Berufsgeheimnis selbst nicht konstitutiv legislieren, sondern lediglich die im Privatrecht begründete Verschwiegenheitspflicht des Bankiers anerkennen, bestätigen und gegebenenfalls durch Strafsanktionen schützen (14). Nur so wird verständlich, weshalb über das Bankgeheimnis weder in der bundesrätlichen Botschaft zum Bankengesetz noch in den eidgenössischen Räten ausführlich gesprochen wurde (15).

Das Bankgeheimnis besteht demnach unabhängig von BaG 47 und könnte nur durch eine zwingende Bestimmung privatrechtlicher Art aufgehoben werden, wonach die Vereinbarung einer Schweigepflicht unzulässig wäre (16). Andererseits aber hat der Umstand, dass sich der Umfang des Bankgeheimnisses nach dem Privatrecht bestimmt, zur Folge, dass eine Auskunftspflicht des Bankiers immer dann begründet ist, wenn ein öffentliches Interesse oder das legitime Interesse eines Einzelnen dem Anspruch des Bankkunden auf Geheimhaltung vorgeht (17). In diesem Sinne ist auch der neu in Abs. 4 von BaG 47 aufgenommene Vorbehalt zugunsten eidgenössischer und kantonaler Bestimmungen über die Zeugnis- und Aus-

(12) Die neue Fassung von BaG 47 sagt immerhin etwas mehr über das Berufsgeheimnis aus als die alte.

(13) BB1 1970 I S. 1161; Walder, S. 353; zu den Rechtsgrundlagen siehe unten, S. 36 ff..

(14) Graner, SJK Nr. 876 3; Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 3 zu Art. 47 BaG; Zbl 70 (1969), S. 345 ff..

Mit der Anerkennung der bereits bestehenden Verschwiegenheitspflicht wurde zugleich das für eine strafrechtliche Sanktion erforderliche öffentliche Gebot geschaffen.

(15) BB1 1934 I S. 189; Sten. Bull. NR S. 717; Sten. Bull. StR S. 269 ff.; vgl. auch Protokoll der zweiten Tagung der ständerätlichen Bankengesetzgebungskommission vom 9./13.4. 1934.

(16) Kleiner in Band 10 der Schriftenreihe "Bankwirtschaftliche Forschungen" (Bern 1972), S. 14 f..

(17) Näheres zum Umfang und den Grenzen des Bankgeheimnisses: unten, S. 45 ff..

kunftspflicht gegenüber einer Behörde aufzufassen (18).

IV. Das Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis des Bankiers

Das Bankgeheimnis ist ein Berufsgeheimnis (19), denn wie die nach Art. 321 StGB zur Geheimhaltung Verpflichteten hat auch der Bankier als besonderer Berufsträger sich auszuscheiden über das, was ihm bei seiner Berufsausübung zur Kenntnis gelangt. Die Bank und ihr Kunde stehen in einem Vertrauensverhältnis zueinander: dieser gibt ihr nur Einblick in seine persönliche und geschäftliche Geheimsphäre, weil er einerseits auf ihre Dienste angewiesen ist, andererseits aber auch um ihre Diskretion weiss. Genauso kommt die Bank nicht ohne klare und umfassende Angaben ihres Kunden aus, wenn sie dessen Interessen bestmöglichst wahrnehmen will. Auch sie vertraut ihrem Kunden insofern, als sie darauf baut, dass dieser ihre Schweigepflicht nicht für unlautere Machenschaften missbraucht. Hierher gehört im weiteren die Tatsache, dass die gleichen Menschen, welche in aller Offenheit und für jedermann wahrnehmbar, ihre gesundheitlichen oder familiären Probleme diskutieren, es häufig als Anmassung empfinden, wenn finanzielle Fragen gestellt und erörtert werden. Dieses notwendige Vertrauensverhältnis sowie das Wissen um die Bedeutung des Bankwesens für die Wirtschaftsordnung unseres Staates mögen den Gesetzgeber bewegen haben, die bankberufliche Schweigepflicht mit straf-

-
- (18) Wenn damit materiell auch nichts Neues verkündet wurde (BB1 1970 I S. 1183), so hat Abs. 4 doch eine verfassungsrechtliche Konfliktsituation bereinigt: Walder, S. 357.
- (19) Für Einzelheiten vgl.: Capitaine (1933), S. 20 ff.; Huber, S. 18 f.; Capitaine (1936), S. 5 und 32 ff.; Jann, S. 6 f.; Delachaux, S. 5 ff.; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 333 ff.; Lüscher, S. 6; Schwager, S. 58 f.; Aubert/Kernen/Schönle, S. 73 ff..

rechtlichem Schutz zu versehen (20).

Als Berufsgeheimnisse unterliegen nur jene Sachverhalte der Geheimhaltungspflicht, welche in einem "direkten, inneren Verhältnis zur Geschäftsbeziehung zwischen Bankier und Kunden stehen" (21). Hierunter fällt nicht nur, was dem Bankier unter dem Siegel der Verschwiegenheit (22) anvertraut wurde, sondern alles aus der geschäftlichen Tätigkeit Erfahrene (23). Huber und Schwager (24) zählen hierzu auch die von Dritten, etwa einer Auskunfttei, eingeholten Informationen. Die Geheimhaltungspflicht beschränkt sich nicht auf eigentliche Geheimnisse (25) - der Bankier wäre ohnehin nicht in der Lage, zu beurteilen, ob das in Kenntnis Gebrachte geheimhaltungswürdig sei oder nicht - ; wesentlich

-
- (20) Den eher dürftigen Materialien zu Art. 47 BaG ist immerhin zu entnehmen, dass das damalige lit. b vor allem "zum Schutze gegen ausländische Bankspionage" eingefügt wurde; Sten. Bull. StR 1934 S. 269. Dieser Gedanke findet sich in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes (BB1 1970 I S. 1161 und 1163 unten) bestätigt. Der Bundesrat räumt dort ein, dass ähnliche konfiskatorische Gesetze totalitärer Staaten, welche 1934 den Anlass gaben, die privatrechtliche Pflicht des Bankiers zur Verschwiegenheit durch eine Strafandrohung zu verstärken, auch heute noch möglich seien.
- (21) Schwager, S. 60 mit Literaturhinweisen.
- (22) StGB 321 und BaG 47 präsumieren den Willen des Berechtigten zur Geheimhaltung sowie das objektive Interesse daran. Ueber die unterschiedlichen Folgen bei Fehlen eines oder beider Elemente in der strafrechtlichen bzw. zivilrechtlichen Beurteilung; s. Schwager, S. 61/63.
- (23) Die revidierte Fassung von BaG 47 bringt diesen Gedanken in Abs. 1 a.E. deutlich zum Ausdruck. Darin eingeschlossen sind auch Werturteile, die der Bankier auf Grund seiner beruflichen Ausbildung und Erfahrung aus den ihm bekannt gewordenen Fakten macht; Schaefer in SBG-Publikation, Juni 1945, S. 8; a.M.: Huber, S. 81. Zu den Schwierigkeiten, die dem Bankier aus seinem Auskunftsdienst für Geschäftspartner seiner Kunden erwachsen können; vgl. Aubert/Kernen/Schönle, S. 243 ff.; Lavanchy, S. 15 ff.
- (24) Huber, S. 39; Schwager, S. 60; a.M.: Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 333.
- (25) Der Wortlaut von StGB 321 und BaG 47 I ist zu eng; Schwager, S. 34 mit Hinweisen und S. 55.

und für den Geheimnisschutz ausreichend ist, dass der erfahrene Sachverhalt nicht jedermann bekannt oder zugänglich ist. Immerhin legen sich die Banken auch bei mehr oder weniger offenkundigen Tatsachen eine gewisse Zurückhaltung auf, wollen sie doch mit einer Auskunftgabe nicht irgendwelche Vermutungen bestätigen (26).

Durch die Art der Berufstätigkeit des Bankiers bedingt, wird die Geheimhaltung in erster Linie Tatsachen der wirtschaftlichen Geheimsphäre des Kunden berühren, was jedoch nicht ausschliesst, dass auch persönliche Verhältnisse insoweit unter das Bankgeheimnis fallen, als sie von den vermögensrechtlichen Angelegenheiten nicht zu trennen sind (27). Nicht vom Bankgeheimnis erfasst werden hingegen rein private Aeusserungen, welche in keinem inneren Zusammenhang zur Banktätigkeit stehen (28). Hier mag der Bankier aber gleichwohl zur Verschwiegenheit gehalten sein, weil er sonst die Geheimsphäre der Persönlichkeit seines Kunden verletzen könnte (29).

Auch negative Tatsachen können Gegenstand der Geheimhaltungspflicht sein, sobald sie den Schluss auf das Bestehen eines Kundenverhältnisses zuliessen. Kleiner (30) geht sogar noch weiter, wenn er ein Verbot der regelmässigen Abgabe negativer Auskünfte fordert, da man bei einer solchen Praxis im Falle der Verweigerung einer Auskunft bei Vorliegen einer Geschäftsbeziehung auf das Bestehen einer Bank-

-
- (26) Das Bundesgericht hat in BGE 75 IV 71 ff. im Bestätigen bereits bekannter Tatsachen einen Verstoss gegen die ärztliche Schweigepflicht erkannt.
 - (27) Beispiel: Der Bankier überweist im Auftrage seines Kunden monatliche Unterhaltsbeiträge für ein aussereheliches Kind.
 - (28) Es sei denn, durch deren Offenbarung würde auch die Bankbeziehung preisgegeben.
 - (29) ZGB 28 und OR 41 und 49 gewährleisten den ausservertraglichen Schutz der persönlichen Privat- und Geheimsphäre; mehr hierzu unten, S. 36 ff..
 - (30) Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 6 zu BaG 47; ebenso Aubert/Kernen/Schönle, S. 75.

verbindung folgern könnte.

Was schliesslich die zeitlichen Grenzen des Bankgeheimnisses betrifft, so besteht dieses vom Augenblick der Kenntnissnahme des Sachverhaltes an ohne engere zeitliche Begrenzung (31). Der Bankier bleibt an seine Schweigepflicht gebunden auch nach Beendigung des Kundenverhältnisses und selbst bei Berufsaufgabe oder Verlust des Bankstatus. Seit der Revision von BaG 47 kommt dies nun auch in Abs. 3 dieser Bestimmung zum Ausdruck (32).

V. Rechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses

Nachdem eben vom Gegenstand der bankberuflichen Schweigepflicht die Rede war und zuvor schon festgestellt worden war, dass das Bankgeheimnis unabhängig vom Bankengesetz im Privatrecht begründet liegt, sind im folgenden die Rechtsgrundlagen der Geheimhaltungspflicht des Bankiers zu untersuchen.

1. Ausservertragliche Schweigepflicht (Zivilrecht)

Die Basis aller Berufsgeheimnisse stellt das Recht jeder Person auf Achtung ihrer Privat- und Geheimsphäre (33) dar. Privat- und Geheimsphäre fallen unter das Rechtsgut der Persönlichkeit (34) und werden nicht bloss durch ausserrechtliche Normen der Sitte, Moral etc. gewahrt. Der Schutz der Persönlichkeit, der natürlichen und iuristischen Personen zusteht (35), wird ungeachtet irgendwelcher vertraglicher Abmachungen durch Art. 28 ZGB und Art. 41 und 49 OR gewährleistet.

(31) Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 48 zu Art. 47 BaG; Schwager, S. 55 f..

(32) Dieselbe Regelung gilt für Aerzte, Rechtsanwälte etc.: Art. 321 Ziff. 1 Abs. 3 StGB.

(33) Vgl. zur Unterscheidung zwischen Privat- und Geheimsphäre: J.M. Grosse in Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel 1967, S. 369. Diese Unterscheidung ist vorliegend ohne Bedeutung.

(34) BGE 44 II 320 und 97 II 102.

(35) BGE 95 II 488 E. 4 und 97 II 100.

ZGB 28 stellt dem in seiner Privat- bzw. Geheimsphäre Verletzten (Geheimnisherrn) die Klage auf Beseitigung der Störung zur Verfügung, womit künftigen, unbefugten Verletzungen der Persönlichkeitsrechte ein Riegel geschoben werden kann. Gestützt auf Art. 28 II ZGB in Verbindung mit Art. 49 I OR hat der Verletzte bei verschuldeter Verletzung einen Anspruch auf Schadenersatz; in besonders schweren Fällen kann er sogar eine Genugtuungsverlangen. OR 41 schliesslich ist die allgemeine Haftungsnorm für widerrechtlich zugefügten Schaden.

Die Pflicht des Bankiers zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist gleichbedeutend mit der allgemeinen Pflicht zur Achtung der Privat- und Geheimsphäre anderer Personen (36). Bereits vor Erlass des Bankengesetzes hat die Rechtsprechung im Anspruch des Kunden auf Wahrung des Bankgeheimnisses einen Ausfluss der Persönlichkeitsrechte gesehen und einen Verstoß hiegegen als unerlaubte Handlung im Sinne der Art. 41 und 49 OR bezeichnet (37). Hervorzuheben ist, dass dieses Recht auf Geheimhaltung jedermann um seiner Persönlichkeit willen zusteht und somit nicht vom Zustandekommen eines Bankvertrages abhängt.

Der Schutz der Privat- und Geheimsphäre gilt indessen

-
- (36) Lavanchy, S. 5/7; Huber, S. 20/22; Jann, S. 9/11; Delachaux, S. 12/14; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 334; Lüscher, S. 8; Aubert/Kernen/Schönle, S. 27 f.; Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 2 zu Art. 47 BaG.
- (37) Zürcher Obergericht in ZR 31 (1932) Nr. 1, bestätigt durch BGE vom 16.12.1930 (i.S. Steffen c. Konkursmasse Wolfensberger + Widmer AG), sowie durch BGE vom 2.2.1932 (i.S. Charpiot c. Caisse d'épargne de Bassecourt), beides unveröffentlichte Entscheide, zitiert bei Capitaine (1933), S. 177 ff.
- Neuerdings bestätigt in BGE 95 I 447; Zbl 70 (1969), S. 346 mit Literaturhinweisen.
- Der Bundesrat erklärte in seiner Botschaft an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13.5.1970, BBl 1970 I S. 1161: "Das Bankgeheimnis ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Vertrag sowie aus den Art. 27 und 28 des Zivilgesetzbuches, in welchen die Persönlichkeitsrechte verankert sind".

nicht unbeschränkt. So kann die Enthüllung eines Geheimnisses durch ein besseres, privates oder öffentliches Recht gerechtfertigt sein (38). Die mit Einwilligung des Geheimnisherrn erfolgte Preisgabe eines Geheimnisses ist sodann auch nicht rechtswidrig.

2. Die Geheimhaltungspflicht als vertragliche Pflicht des Bankiers (Obligationenrecht)

Die Pflicht zur Geheimhaltung ist Inhalt der vertraglichen Beziehung zwischen Bank und Kunde (39). Sie bildet seit jeher eine selbstverständliche Nebenverpflichtung der Bank und bedarf keiner besonderen Abmachung (40). Ihr Ursprung liegt nach Auffassung des Bundesgerichtes (41) im Brauchtum sowie im besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Bankier und seinem Kunden.

Bei der Suche nach den obligationenrechtlichen Bestimmungen, welche die bankberufliche Schweigepflicht begründen könnten, ist von der Rechtsnatur der Bankgeschäfte auszugehen. Es würde zu weit führen, wollte man in dieser Arbeit die einzelnen Bankgeschäfte rechtlich qualifizieren (42). Nur wenige in der Praxis übliche Bankgeschäfte lassen sich vollumfänglich unter einen Vertragstypus des OR einordnen. Hierzu zählen etwa das Darlehens- und Kreditgeschäft (43) und der dabei gebräuchliche Kreditbrief und Kreditauftrag (44) oder etwa das geschlossene Depotgeschäft, welches sich

(38) Etwa bei Vorliegen berechtigter Notwehr und Notstand oder überwiegender öffentlicher Interessen.

(39) Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 1 zu BaG 47.

(40) Lavanchy, S. 2; Huber, S. 26/28; Jann, S. 12; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 334; Lüscher, S. 9; Aubert/Kernen/Schönle, S. 30 f.; a.M.: Capitaine (1933), S. 133, der nur eine ausdrücklich festgelegte Schweigepflicht gelten lassen will.

(41) Vgl. die beiden unveröffentlichten Entscheide: oben, Anm. 37.

(42) Es sei diesbezüglich auf Schönle, Bank- und Börsenrecht, München 1971, verwiesen; vgl. auch Kaderli, §§ 21 ff. oder Komm. Gautschi, N 65 zu OR 394 und N 37 zu OR 400.

(43) Art. 312 ff. OR.

(44) Art. 407 ff. OR.

regelmässig als Miete qualifiziert (45). Weitaus zahlreicher sind die gemischten oder kombinierten Verträge (46), wobei jene mit auftragsrechtlichen Elementen überwiegen.

Soweit Bankgeschäfte einen auftragsrechtlichen Einschlag aufweisen, findet die Geheimhaltungspflicht ihre gesetzliche Grundlage in Art. 398 Abs. 2 OR (47), der die beauftragte Bank für "getreue und sorgfältige Ausführung" des ihr übertragenen Geschäftes haften lässt. Die Treuepflicht hält die Bank dazu an, ihr Verhalten bei, aber auch nach der Auftragsausführung dem Interesse des Bankkunden zu unterstellen. Dabei braucht dieses Interesse nicht in einer besonderen Anordnung zum Ausdruck zu kommen; auch ohne solche lassen sich aus der Rechtsnatur des Auftrags, so insbesondere aus dem ihm zugrundeliegenden Vertrauensverhältnis bestimmte, für die getreue Auftragserfüllung wesentliche Verhaltenspflichten ableiten. Solche sind etwa die Verbote der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsführung, des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung sowie, was vorliegend von Bedeutung ist, die Pflicht des Beauftragten zur Verschwiegenheit (48).

Bei den übrigen Bankgeschäften, denen ein Bezugspunkt zum Auftragsrecht fehlt und bei denen die Schweigepflicht nicht ausdrücklich vereinbart wird, bildet diese als Usanz einen Bestandteil der Abmachungen. Beiden Vertragsparteien ist oder könnte diese Usanz bekannt sein, so dass gestützt auf das Vertrauensprinzip sich die Annahme aufdrängt, dass sie die bankberufliche Geheimhaltungspflicht stillschwei-

(45) Vgl. hierzu die Arbeit von Lotz über den Schrankfachvertrag.

(46) Schwager, S. 69, zählt die wichtigsten mit Auftragsrecht kombinierten Bankgeschäfte auf.

(47) Diese Bestimmung zählt zu den für die Ausgestaltung und Durchführung der Vertragsobligationen massgebenden auftragsrechtlichen Vorschriften, welche auch bei gemischten und kombinierten Verträgen nicht zuungunsten des Auftraggebers abgeändert werden dürfen: Komm. Gautschi, N 84a zu OR 395.

(48) Komm. Gautschi, N 3 bis 5 und N 13 zu OR 398.

gend ihrem Vertragsverhältnis zugrundegelegt haben (OR 1 II). Die Schweigepflicht tritt damit gleichsam als akzessorische Nebenpflicht zur vertraglichen Hauptleistungspflicht der Bank hinzu (49). Zum gleichen Ergebnis gelangt man mit Hilfe der allgemeinen Verhaltensnorm von ZGB 2 I, wonach jeder Schuldner in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat (50). Für den Bankier bedeutet dies u.a., dass er sich in der Regel über die ihm auf Grund seines Berufes offenbaren, nicht allgemeinbekannten Sachverhalte auszuschweigen hat.

Gehört demnach die Schweigepflicht zum Vertragsinhalt, so fragt es sich, wie es sich damit verhält in Fällen, in denen der Bankier lediglich um Rat angerufen wird oder der Abschluss eines Bankgeschäftes nicht unmittelbar nach Aufnahme der Geschäftsverhandlungen erfolgt (51). In der älteren Literatur zum Bankgeheimnis (52) wird die Auffassung vertreten, dass in solchen Fällen keine vertragliche Bindung vorliege und der Bankier folglich bei einer unerlaubten Offenbarung nur nach den Bestimmungen des ausservertraglichen Schadenersatzrechtes hafte. Dabei wird - wie Schwager zu Recht vorbringt (53) - ausser Acht gelassen, dass bereits das Verhandlungsverhältnis auf einem Vertrag beruht, der bezweckt, "die Möglichkeiten eines Vertragsabschlusses unter den Beteiligten abzuklären und gegebenenfalls den Vertragsabschluss vorzubereiten" (54). Dieses Vertragsverhältnis entsteht mit der Kontaktnahme zwischen

(49) Guhl, S. 41; Huber, S. 26/28.

(50) Komm. Merz, N 260 zu Art. 2 ZGB; Aubert/Kernen/Schönle, S. 31.

(51) In der Praxis erfährt der Bankier gerade in dieser Vorvertragsphase die meisten vertraulichen Mitteilungen. Eine ähnliche Situation liegt vor, wenn ein Bankvertrag im nachhinein aus irgendeinem Grunde dahinfällt.

(52) Vgl. Capitaine (1933), S. 132; Lavanchy, S. 14 ff.; Huber, S. 28 und Delachaux, S. 77.

(53) Schwager, S. 68.

(54) Komm. Schönenberger/Jäggi, N 567 zu OR 1.

Bankier und Kunde. Es schafft zwar keinerlei Leistungspflichten für die Beteiligten, verpflichtet diese aber zum Handeln nach Treu und Glauben (55) und damit den Bankier u.a. auch zur Wahrung des Bankgeheimnisses. Jede unerlaubte Offenbarung würde eine Haftung aus culpa in contrahendo nach sich ziehen, die nach Massgabe der Vorschriften für Vertragsverletzungen (Art. 97 ff. OR) zu beurteilen wäre (56).

Zur Begründung der vertraglichen Geheimhaltungspflicht des Bankiers bedarf es folglich nicht des Abschlusses eines Bankgeschäftes; als Rechtsgrund genügt das Inbeziehungtreten von Bankier und Kunde. Damit bleibt für eine bloss ausservertragliche (zivilrechtliche) Basis des Bankgeheimnisses praktisch kein Raum. Dem Bankkunden kann dies nur recht sein, hat er doch wegen der ihm vorteilhaften Beweislastverteilung (57) und der längeren Verjährungsfrist (58) ein Interesse daran, dass er sich im Falle einer rechtswidrigen Offenbarung auf eine vertragliche Abrede berufen kann.

Zusammengefasst ergeben sich im Privatrecht folgende Rechtsgrundlagen für das Bankgeheimnis:

Zunächst ist der Bankier als Beauftragter des Kunden, unabhängig von der Art des Bankgeschäftes, für die sorgfältige und getreue Ausführung seines Mandates verantwortlich (OR 398 II), worunter auch seine Schweigepflicht gegenüber Drittpersonen fällt. In zweiter Linie - und für Bankgeschäfte ohne auftragsrechtlichen Bezugspunkt von Bedeutung -

-
- (55) Komm. Schönenberger/Jäggi, N 574 und 575 zu OR 1.
- (56) Ebenso Aubert/Kernen/Schönle, S. 31 und 40 f. mit Hinweisen. Die Rechtsnatur der Haftung aus culpa in contrahendo ist umstritten: Für eine Einordnung bei der Vertragshaftung: u.a. v. Tuhr/Peter, S. 192 f.; für die Behandlung als Deliktshaftung: u.a. Guhl, S. 112. Das Bundesgericht hat bisher nicht eindeutig Stellung bezogen: vgl. BGE 68 II 303; 77 II 137; 90 II 458, aber auch 80 II 38.
- (57) Vgl. Art. 97 Abs. 2 OR im Verhältnis zu Art. 41 ff. OR.
- (58) Vgl. Art. 127 f. OR im Verhältnis zu Art. 60 OR.

ist die Interpretation dieser Geheimhaltungspflicht als akzessorische Nebenpflicht, welche gestützt auf das Vertrauensprinzip als stillschweigend vereinbart gilt (OR 1 II) oder die sich aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2 I) ableitet. Hinzu kommt, dass der Bankier wie jedermann generell verpflichtet ist, die Privat- und Geheimsphäre anderer Personen zu achten und deren Persönlichkeit nicht durch unerlaubte Offenbarungen zu verletzen (ZGB 28).

3. Die öffentlichrechtliche Basis des Bankgeheimnisses

Bis zum Erlass des BaG vom 8.11.1934 haben weder der Bund noch die Kantone über die Banken im allgemeinen und über das Bankgeheimnis im besonderen legisferiert (59). Die Notwendigkeit, die Organisation und Kontrolle des schweizerischen Bankwesens zu verbessern, war bereits anlässlich der ersten Bankkrise in den Jahren 1910 bis 1914 offenbar geworden; aber erst die anfangs der dreissiger Jahre einsetzende Weltwirtschaftskrise und die damit verbundenen Bankzusammenbrüche liessen die Gesetzgebungsarbeiten soweit vorantreiben, dass der Bundesrat das BaG mit der VV auf den 1. März 1935 in Kraft setzen konnte (60). Die Revision von 1971 brachte einige wesentliche Neuerungen (61); so wurde u.a. - was vorliegend interessiert - Art. 47 BaG über das Bankgeheimnis neu konzipiert.

BaG 47 bedroht in Abs. 1 und 2 mit Strafe, wer vorsätzlich oder fahrlässig "ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter, Liquidator oder Kommissär einer Bank, als Beobachter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das

(59) Abgesehen vom BG über die Nationalbank vom 7.4.1921, dessen Art. 61 das Bankgeheimnis behandelte, und den Gesetzen über die Kantonalbanken.

(60) Näheres zur Entstehungsgeschichte des BaG im Komm. Rossy/Reimann zum BaG sowie bei Jann, S. 15 ff. und Schwager, S. 85 ff..

(61) Vgl. die diesbezügliche Zusammenstellung in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 13.5.1970, BB1 1970 I S. 1144 f..

er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat". Bestraft wird auch die versuchte Anstiftung zur Verletzung des Bankgeheimnisses.

Es wurde bereits erwähnt (62), dass in den Beratungen der eidgenössischen Räte sehr wenig über die Tragweite dieser Bestimmung gesprochen wurde. Immerhin hat Ständerat Keller - wie dem Protokoll der zweiten Tagung der ständerrätlichen Bankengesetz-Kommission vom 9./13.4.1934 zu entnehmen ist - festgestellt: "In Art. 24 (der heutige Art. 47) wird das Bankengeheimnis offiziell anerkannt, das ist ein wertvolles Aktivum". Damit wird aber mehr als nur die im Privatrecht verankerte Schweigepflicht des Bankiers anerkannt. Indem die Verletzung des Bankgeheimnisses unter Strafe gestellt wird, geht der Inhalt dieser Norm über die privatrechtlichen Wirkungen hinaus: der Gesetzgeber hat die bankberufliche Geheimhaltungspflicht zu einem öffentlichrechtlichen Gebot erhoben (63).

Aehnlich wie der Patient oder der Rechtsuchende dem Arzt bzw. dem Anwalt vertrauen können muss, weil er nur von ihm die gewünschte Hilfe erwarten darf, so ist der in Vermögensfragen Ratsuchende auf den Bankier angewiesen (64). Der Gesetzgeber hat diese Zwangslage erkannt und es für nötig erachtet, das Vertrauen des Bankkunden wirksamer zu schützen. Art. 47 BaG und Art. 321 StGB liegt demnach derselbe Leitgedanke zugrunde.

Dass der privatrechtliche Schutz der Privat- und Geheimsphäre des Bankkunden nicht ausreichte, wird auch durch die Materialien zum BaG belegt. So bemerkte Ständerat Thalmann im Parlament (65), die Strafbestimmung von BaG 47

(62) Oben, Anm. 20.

(63) So auch Hauser in "Bankwirtschaftliche Forschungen", Band 10, S. 26.

(64) Auch der Bankier zählt zu den sogenannten "confidents nécessaires"; vgl. auch oben, S. 33 f..

(65) Sten. Bull. StR 1934 S. 269.

richte sich nicht allein gegen die eigentlichen Verletzer des Bankgeheimnisses, sondern ebensosehr gegen die "ausländische Spionage". In der Tat waren die totalitären Regimes jener Zeit (66) bestrebt, unter dem Deckmantel ihrer Devisengesetzgebung Hand auf das in unseren Banken deponierte Vermögen der aus politischen oder rassischen Gründen verfolgten Personen zu legen. Es galt daher, jenen, unserer Rechtsordnung widersprechenden Versuchen mit einem verstärkten Schutz der Persönlichkeit entgegenzutreten.

Die Verstärkung der Berufsgeheimhaltungspflichten durch eine Strafandrohung soll zugleich die Ausübung jener Berufe erleichtern, deren Existenz ohne das Vertrauen ihrer Kunden in Frage gestellt würde (67). Aus dieser Schutzmassnahme ziehen somit auch die durch sie verpflichteten Berufsträger Nutzen; sie dient aber ebenso der Verwirklichung von staatlichen Interessen. Ein pflichtbewusster Aerztestand, vertrauenswürdige Anwälte und verlässliche Beamte (68) tragen zum Ansehen des Staates bei; ein gesundes Bankwesen bildet die Stütze des Wirtschaftslebens und damit der allgemeinen Wohlfahrt (69).

Die Bedeutung, die der Staat dem Bankgeheimnis beimisst, äussert sich nicht zuletzt darin, dass dessen Verletzung - anders als wie bei den Berufsgeheimnissen nach

-
- (66) Der Bundesrat hält ähnliche konfiskatorische Gesetze mit Recht auch heute noch für möglich: BBl 1970 I S. 1163.
- (67) BGE 87 IV 108 und 91 I 206.
- (68) Beamte und Behördemitglieder sind unter Strafandrohung zur Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet (StGB 320), welches eine besondere Art des Berufsgeheimnisses darstellt: Schwander, Nr. 623.
- (69) Die Banken beschäftigen in der Schweiz rund zwei Prozent der erwerbstätigen Bevölkerung, zahlen sieben Prozent der direkten Bundessteuern und ziehen sechs Milliarden Franken Verrechnungssteuern sowie 500 Millionen Franken Stempelabgaben für den Staat ein: Der LANDBOTE, 13.7.1978, S. 3.

Art. 321 StGB - von Amtes wegen verfolgt wird (70).

Das Strafmass für vorsätzliche Verletzung der Geheimhaltungspflicht beträgt Gefängnis bis zu 6 Monaten oder Busse bis zu Fr. 50'000.--, wobei beide Strafen kumuliert werden können. Handelt der Täter fahrlässig, so wird er mit höchstens Fr. 30'000.-- gebüsst.

VI. Das schweizerische Bankgeheimnis ist nicht absolut

Die Geheimhaltungspflicht des Bankiers gilt nicht uneingeschränkt. Zum einen besteht sie nur insoweit, als sie durch den Willen des Bankkunden gedeckt wird (subjektives Moment); zum andern werden ihr durch gesetzliche Bestimmungen Grenzen gesetzt (objektives Moment). In beiden Fällen wird das Bankgeheimnis durchbrochen und der Bankier auskunftsberechtigt bzw. -pflichtig.

1. Auskunftsermächtigung durch den Bankkunden

Das Bankgeheimnis stellt für den Bankier eine Pflicht, für den Bankkunden hingegen ein Recht dar (71). Es steht im Belieben des letzteren, auf dieses Recht teilweise oder vollumfänglich zu verzichten. So kann er einzelne Tatsachen von der Geheimhaltung ausnehmen oder bestimmten Personen Einblick in seine Geheimnisse gewähren; er kann aber auch jederzeit den Bankier ganz von der Schweigepflicht entbinden. Dieser Verzicht erfolgt in einer ausdrücklichen oder - eher die Ausnahme - in einer stillschweigenden Ermächtigung des Bankiers zur Auskunfterteilung.

Gibt der Bankier gestützt auf eine Ermächtigung seines Kunden ein Geheimnis preis, so erfüllt er damit den objektiven Tatbestand von BaG 47, handelt aber gleichwohl nicht

(70) Von einer Ausgestaltung zum Antragsdelikt sah man bei der Revision des BaG ab, da befürchtet wurde, der Antragsberechtigte könnte sein Recht nicht immer ausüben, ohne Nachteile gewärtigen zu müssen: BB1 1970 I S. 1182; der Bundesrat hat diese Bedenken inzwischen offenbar fallengelassen: vgl. NZZ 1977 Nr. 165, S. 13.

(71) Siehe oben, S. 36 ff..

rechtswidrig. Ein Abwägen der beim Bankgeheimnis durch die Strafandrohung geschützten Interessen (Rechtsgüter) zeigt, dass jene der Bankkunden gegenüber denen der Bank und des Staates klar überwiegen. Wenn folglich ein Kunde freiwillig auf den ihm zustehenden Schutz verzichtet (72), so vermögen die verbleibenden Interessen die Strafwürdigkeit des Geheimnisbruches nicht mehr zu begründen. Die Handlung des Bankiers wird durch die Ermächtigung des Bankkunden gerechtfertigt (73) und bleibt straflos: "Volenti non fit iniuria" (74).

2. Verbot des Rechtsmissbrauches

Die vertragliche Schweigepflicht des Bankiers ist nicht aufrecht zu erhalten, wenn sie sich als zweckwidrig erweist, wenn ein legitimes Interesse des Bankkunden fehlt oder aber ein krasses Missverhältnis der Interessen besteht (75). Eine solche Zweckwidrigkeit ist nach Kleiner (76) z.B. dann gegeben, "wenn die Bindung an die Schweigepflicht zu einer Verletzung der nach ZGB 28 geschützten persönlichen Freiheitssphäre des Banquiers führen würde". Der Bank muss gestattet sein, selbst unter Preisgabe von Geheimnissen ihres Kunden gegen diesen gerichtlich vorzugehen. Beharrt der Kunde aus blosser Annehmlichkeit auf seinem Recht, während für die Bank höhere Werte - etwa ihre Existenz - auf dem Spiele stehen, so liegt ein krasses Missverhältnis der Interessen

-
- (72) Der Kunde besitzt ja als Geheimnisherr das Verfügungsrecht über seine Privat- und Geheimsphäre.
- (73) Die Ermächtigung (= Einwilligung) stellt einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund dar; vgl. hierzu Germann, S. 61. Es fällt auf, dass Art. 321 StGB in Ziff. 2 die Einwilligung des Berechtigten als Rechtfertigungsgrund aufführt, während dies bei Art. 47 BaG ohne ersichtlichen Grund fehlt.
- (74) Lavanchy, S. 8-11; Jamm, S. 40; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 335.
- (75) Komm. Merz, N 32 ff. und N 58 zu ZGB 2; eine wesentliche Aenderung der Verhältnisse seit dem Vertragsabschluss kann gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt der "Clausula rebus sic stantibus" zu einer Befreiung des Verpflichteten führen; vgl. Guhl, S. 274 f.
- (76) Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 43 zu BaG 47.

vor, dem ZGB 2 II den Rechtsschutz versagen will (77). In diesem Zusammenhang sind auch die in Art. 32 bis 34 StGB umschriebenen gesetzlichen und die sie ergänzenden aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründe zu erwähnen (78).

3. Auskunftspflicht des Bankiers

War vorstehend von der Auskunftsberechtigung der Bank die Rede (79), so setzt sich dieser Abschnitt mit der in der Praxis bedeutsameren Frage auseinander, wann von der Bank trotz ihrer beruflichen Schweigepflicht eine Auskunft verlangt werden darf. Dabei interessiert hier nur die gesetzliche Aussagepflicht (80).

Der Bankier sieht sich immer wieder in die Situation gestellt, dass er von privaten Drittpersonen oder von staatlichen Behörden unter Berufung auf irgendeine Offenbarungsnorm zur Auskunftgabe über seinen Kunden aufgefordert wird. Wann muss er einem solchen Begehren nachkommen bzw. wann muss er auf seiner beruflichen Schweigepflicht beharren? Die ursprüngliche Fassung von BaG 47 sah keine Ausnahmen vom Bankgeheimnis vor und brachte soweit keine Lösung dieser Pflichtenkollision (81). Es war folglich Sache der Gesetzesauslegung, den richtigen Sinn dieser Bestimmung zu

-
- (77) Vgl. Huber, S. 157 ff. und Delachaux, S. 65 f.; das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 16.12.1930 i.S. Steffen c. Konkursmasse Wolfensberger + Widmer AG (oben, Anm. 37) nach Abwägen der gegenseitigen Interessen das Schadenersatzbegehren des Bankkunden wegen Bekanntgabe seines Namens abgewiesen.
- (78) Schwager, S. 94; Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 44 zu BaG 47; s. auch oben, Anm. 73.
- (79) Womit nicht unbedingt eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses verbunden sein muss.
- (80) Denkbar ist auch eine entsprechende vertragliche Pflicht des Bankiers.
- (81) Dass auch die Gesetzesmaterialien in dieser Frage nicht weiterhelfen, stellte das Bundesgericht in BGE 64 I 191 fest: "Les travaux préparatoires ne fournissent aucune indication sur le sens et la portée de l'art. 47 et notamment sur les rapports entre le secret des banques, d'une part, et l'obligation de renseigner le juge civil ou pénal ainsi que les autorités de poursuite et les autorités fiscales, d'autre part".

ermitteln. Die so gewonnenen Ansichten gingen teilweise recht weit auseinander und lassen sich entsprechend ihrer Auslegung von BaG 47 in eine extensive, restriktive und vermittelnde Gruppe gliedern (82).

Capitaine (83), Wortführer der extensiven Gruppe, betrachtete das BaG als "lex specialis" (84) und sah im Bankgeheimnis eine im öffentlichen Interesse liegende Einrichtung. Gestützt auf die beiden Rechtsgrundsätze "lex specialis derogat legi generali" und "lex posterior derogat legi priori" sowie auf Grund der derogativen Kraft des Bundesrechts (85) sprach er dem Bankgeheimnis absolute Geltung zu gegenüber allen allgemeineren und älteren Gesetzen des Bundes und der Kantone. Diese Interpretation entsprach wohl kaum dem wahren Sinn von BaG 47 und hätte zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen geführt (86), weshalb sie in Literatur und Rechtsprechung zu Recht abgelehnt wurde (87).

Neben dieser sehr extensiven Auslegung fanden sich auch restriktive Meinungen. So vertrat das Obergericht des Kantons Zürich am 9.6.1938 i.S. Keller (88) die Auffassung, dass Art. 47 BaG eine Schweigepflicht des Bankbeamten nur

(82) Einteilung nach Meyer, S. 23.

(83) Capitaine (1936), S. 45 bis 53.

(84) Sein Anwendungsbereich ist auf Banken und Sparkassen beschränkt, dies im Gegensatz etwa zum SchKG, dem jedes Rechtssubjekt untersteht.

(85) Art. 2 Uebergangsbestimmungen der BV.

(86) Die Bank hätte so unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses zur Vertuschung eines Vermögensdeliktes ihres Kunden beitragen können.

(87) Vgl. u.a. Jann, S. 24 f.; Delachaux, S. 24 f.; Perrin in SJZ 45 (1949), S. 145 und 147; BGE 64 I 191 f.. Die These von Capitaine bildete denn auch den Anlass, den Vorbehalt von Ziff. 3 in Art. 321 StGB aufzunehmen; vgl. Sten. Bull. StR 1936, S. 369.

(88) Abgedruckt in SJZ 34 (1937/38), S. 234 f.; ebenso Appellationsgericht von Basel-Stadt in SJZ 36 (1940), S. 303; ähnlich Luzerner Obergericht in einer Zuschrift an das Amtsgericht Luzern-Stadt, publiziert in ZBJV 74 (1938), S. 208; a.M.: Appellationshof des Kantons Bern in SJZ 35 (1938/39), S. 315 ff..

im Verhältnis der Banken unter sich und gegenüber Privatpersonen festlege, dass dagegen die Stellung der Bank bzw. ihrer Organe gegenüber einem Gericht, durch welches sie zur Auskunft angehalten würden, davon nicht berührt werde. Ausgehend von diesem Gedanken folgte von Arx (89), dass die Schweigepflicht des Bankiers rein privatrechtlicher Natur sei und somit nach dem Grundsatz der Priorität des öffentlichen Rechtes gegenüber dem privaten stets vor einer öffentlichrechtlichen Aussagepflicht zurückzutreten habe (90). Diese restriktiven Interpretationen vermochten indessen auch nicht zu überzeugen, denn zum einen liessen sie unberücksichtigt, ob die Behörde rechtlich überhaupt zur Auskunftsermittlung befugt sei. Fehlt eine solche Kompetenz, so unterscheidet sich die Stellung einer Behörde in nichts von derjenigen eines privaten Dritten, und es ist nicht einzusehen, wieso die Geheimhaltungspflicht des Bankiers ihr gegenüber hinfällig werden sollte (91). Zum andern aber verkannten beide Ansichten die strafrechtliche und damit die öffentlichrechtliche Seite des Art. 47 BaG.

Die Vertreter der vermittelnden Gruppe bejahten das BaG 47 zugrundeliegende praeceptum (92), legten ihm aber nicht absolute und unbeschränkte Bedeutung bei. Nach Jann (93) konnte die Schweigepflicht durch andere öffentlichrechtliche Bestimmungen eingeschränkt werden, "ohne dass dabei der Bestand eines Berufsgeheimnisses verneint werden müsste". Der Begriff des Bankgeheimnisses ist "in Bezug auf dessen Geltungsbereich begrenzt und will keineswegs festlegen, dass die berufliche Geheimhaltungspflicht des Bankiers

(89) Von Arx in SJZ 44 (1948), S. 371.

(90) Es sei denn, den Banken würde ein Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt.

(91) Jann, S. 28 f..

(92) Nach dem Satz "finis legis cadit sub praecepto" muss Art. 47 als praeceptum ein öffentlichrechtliches Schweigegebot voraussetzen.

(93) Jann, S. 24 f., 30 f. und 48 ff..

den Bestimmungen jener Gesetze, die eine Auskunftspflicht ausdrücklich vorsehen, derogiert, sondern nur insoweit, als dies aus der Auslegung des Art. 47 BaG selbst abzuleiten ist". Eine allgemein gültige Lösung lasse sich nicht finden; es sei vielmehr, für jedes Rechtsgebiet gesondert, durch Gegenüberstellung und Abwägung der Werte der in Frage stehenden Interessen (94) zu prüfen, welcher der beiden Pflichten der Vorrang gebühre. Müsse der Bankier in der Folge sein Berufsgeheimnis preisgeben, so handle er natürlich nicht widerrechtlich.

Lehre und Rechtsprechung (95) haben sich der von Jann vertretenen Auffassung angeschlossen und in diesem Sinne auf die Praxis der Banken eingewirkt (96).

Dass das Bankgeheimnis nicht uneingeschränkt gilt, wurde spätestens in Abs. 4 der revidierten Fassung von Art. 47 BaG klargestellt. Darin werden jetzt - dem Wortlaut des Art. 321 StGB entsprechend - die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten. Der Bundesrat bemerkte

-
- (94) Das geringere Interesse hat dem höheren zu weichen; das öffentliche Interesse an der Durchführung gewisser staatlicher Aufgaben kann u.U. einen Eingriff in die Geheimsphäre des Kunden rechtfertigen.
- (95) Delachaux, S. 28 ff.; Schaefer in SBG-Publikation, Juni 1945, S. 12; Kuhn, S. 75; Lüscher, S. 12; Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 24 zu BaG 47; NZZ 1976, Nr. 225, S. 19; BGE 64 I 192: ".... on ne saurait donner une solution d'ensemble; il conviendrait, dans chaque cas particulier, de mettre en regard les dispositions en causes et de comparer les intérêts en présence: le prix que le législateur attache à la confiance envers les banques et, par ex., l'intérêt public à ce que la lumière se fasse dans un procès pénal"; vgl. auch BGE 86 III 117 und 95 I 446. So erklärte NR Eisenring in der Beratung des revidierten BaG u.a., beim Bankgeheimnis gehe es um ein Abwägen der Interessen: Sten. Bull. NR 1970 S. 778.
- Allgemein zur Interessenabwägung: ZR 55 (1956) Nr. 108 und Guldener, S. 354 f..
- (96) Vgl. hierzu die entsprechenden Verhaltensmassregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung an ihre Mitgliedbanken, zusammengestellt in deren Zirkularen Nr. 87 D und 295 D.

hierzu in seiner Botschaft (97): "Wenn auch materiell nichts Neues verkündet wird, ist es doch wünschenswert, ausdrücklich zu betonen, dass das Bankgeheimnis keineswegs absolut und generell gilt". Damit wird zugleich die seit Jann entwickelte Praxis ausser jeden Zweifel gerückt.

Art. 47 Abs. 4 BaG spricht von einer gesetzlichen Aussage- oder Auskunftspflicht, wobei aber zu beachten ist, dass nicht jeder allgemeine Rechtssatz genügt, um die Geheimhaltungspflicht aufzuheben. Die Verpflichtung zum Berufsgeheimnis durch Abs. 1 der nämlichen Bestimmung stellt eine Spezialnorm dar (98). Eine solche kann nicht mehr durch eine allgemeine Norm eingeschränkt werden; nur ein noch speziellerer Rechtssatz vermag eine Aenderung zu bewirken (99). Auf den Bankier angewendet heisst dies, dass er nur dann zum Zeugnis oder zur Auskunft angehalten werden darf, wenn sich im verwiesenen Gesetz eine entsprechende, auf ihn bezogene Norm findet. Diese besondere Verpflichtung kann im Gesetz ausdrücklich erwähnt oder aber auch durch Auslegung zu ermitteln sein. Wird beispielsweise nur Aerzten, Anwälten und Geistlichen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden, so ist daraus *e contrario* abzuleiten, dass die übrigen Berufsträger aussagepflichtig sind. Die Auskunftspflicht des Bankiers kann aber - wie Aubert (100) m.E. zu Recht ausführt - mittels auslegender Interessenabwägung auch einer allgemeinen Auskunftsnorm entnommen werden.

Die Auslegung von BaG 47 ist heute in ihren Grundzügen unbestritten; einzig in einigen Sekundärfragen - so

(97) BB1 1970 I S. 1183; vgl. auch oben, Anm. 18.

(98) Siehe oben, Anm. 84.

(99) Blass in SJZ 62 (1966), S. 339 f. mit Literaturhinweisen; Aubert spricht sich für eine restriktive Auslegung des Vorbehaltes von Abs. 4 des Art. 47 BaG aus: "il importe de relever que si cette réserve comprenait tout devoir général de renseigner, l'exception deviendrait la règle et n'aurait plus aucun sens": Aubert/Kernen/Schönle, S. 73.

(100) Er führte hierzu als Beispiel ZGB 581 II an: Aubert/Kernen/Schönle, S. 73.

u.a. im Arrestrecht - trifft man noch abweichende Meinungen. Eine Erörterung der Stellung der Bank im Zivil- und Strafprozess, im Rechtshilfe- und Steuerverfahren sowie gegenüber nach ZGB/OR zur Auskunft berechtigten Personen und Behörden unter besonderer Berücksichtigung des Art. 47 BaG würde an dieser Stelle zu weit führen (101). Wir müssen uns darauf beschränken, im anschliessenden besonderen Teil dieser Arbeit zu prüfen, ob der Bankier als Drittgewahrsamsinhaber oder Drittschuldner im Zwangsvollstreckungsrecht nach SchKG, und zwar im Pfändungs- und Arrestverfahren, mit den übrigen Drittpersonen gleichgestellt wird, oder, ob ihn das Bankgeheimnis in irgendeiner Weise privilegiert.

VII. Ergebnis

Die im Privatrecht begründete Verschwiegenheitspflicht des Bankiers wird durch Art. 47 BaG zu einem öffentlichrechtlichen Gebot, hinter dem vorab die Interessen des Kunden, aber auch jene des Bankiers und der Allgemeinheit stehen. Das Bankgeheimnis umfasst die persönliche und wirtschaftliche Privat-/Geheimsphäre des Kunden, soweit der Bankier im Rahmen seiner Berufstätigkeit davon Kenntnis erhält. Eine widerrechtliche Preisgabe von Geheimnissen kann zivil- und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Die bankberufliche Schweigepflicht gilt nicht absolut; so kann der Bankier durch seinen Kunden (Ermächtigung) oder durch das Gesetz (StGB 32/34; ZGB 2 II) zur Auskunftgabe berechtigt sein, er kann aber auch nach Abwägung der gegensätzlichen Interessen auf Grund einer Offenbarungsnorm einer privaten Drittperson oder einer Behörde gegenüber auskunftspflichtig sein (BaG 47 IV).

(101) Es sei diesbezüglich auf folgende Arbeiten verwiesen: Jann, S. 55 ff.; Delachaux, S. 27 ff.; Lüscher, S. 14 ff.; Hauser und Höhn in "Bankwirtschaftliche Forschungen", Band 10, Bern 1972; Schwager, S. 93/97 und 109 ff.; Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 13 ff. zu BaG 47; Aubert/Kernen/Schönle, S. 76 ff..

B. Besonderer Teil: Mitwirkungspflichten
Dritter im Pfändungs-
und Arrestverfahren und
deren Durchsetzung

=====

Vorbemerkung zur Prüfungsmethode

In § 3 dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass die Schuldbeitreibungspraxis über die im SchKG ausdrücklich getroffene Regelung hinaus weitere Mitwirkungspflichten Dritter statuiert hat, so insbesondere die Auskunftspflicht von Drittschuldner und Drittgewahrsamsinhaber sowie die Herausgabepflicht des letzteren im Pfändungs- und Arrestverfahren. Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung (1) halten dafür, dass die gesetzliche Aufzählung nicht abschliessend sei, und deuten das Schweigen des Gesetzgebers nicht als Verneinung weiterer Mitwirkungspflichten (2). Sie sehen darin vielmehr echte Gesetzeslücken, die unter Berücksichtigung der ratio legis auszufüllen seien.

Wir wollen diese Ansicht nicht unbesehen übernehmen, sondern in den nächsten Paragraphen zunächst anhand des Gesetzes und der Materialien prüfen, ob der Gesetzgeber nicht bewusst auf eine solche Mitwirkung Dritter bei Pfändung und Arrest verzichtet hat (§ 6). Sollte dies nicht zutreffen, so ist damit noch nicht eine Lücke des Gesetzes dargetan, denn eine solche ist nicht schon dann gerechtfertigt, wenn die Praxis das Fehlen einer Vorschrift als unbefriedigend empfindet. Eine Rechtsergänzung ist nach dem allgemeinen

(1) Capitaine (1933), S. 57 ff.; Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 106 ff.; Lavanchy, S. 37; Lotz, S. 90; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 338; Kuhn, S. 70 f.; Schwager, S. 103 f.; Aubert/Kernen/Schönle, S. 112 ff.; BGE 51 III 37 ff.; 56 III 44 ff. und weitere Entscheide, s. oben § 3 Ziff. II/1.

(2) Es liege kein sog. qualifiziertes Schweigen vor.

Grundsatz des Art. 1 Abs. 2 ZGB (3) nur dort zulässig, "wo das Gesetz eine sich unvermeidlicherweise stellende Rechtsfrage überhaupt nicht beantwortet" (4). Es wird also - für Pfändung und Arrest gesondert - zu untersuchen sein, ob die Mitwirkung Dritter bei der Zwangsvollstreckung unentbehrlich ist (§§ 7 + 8). Dabei gehen wir von den Aufgaben und Kompetenzen der Vollstreckungsbehörden aus und versuchen festzustellen, inwieweit diese bei der Erfüllung ihrer Amtspflichten auf die Mitarbeit Dritter angewiesen sind. Sowohl bei der Feststellung wie bei der Ergänzung einer Gesetzeslücke fällt als besonderer Gesichtspunkt in Betracht, dass das Zwangsvollstreckungsrecht - ähnlich wie das Zivilprozessrecht (5) - eng mit dem Zivilrecht verbunden ist: "es dient der Verwirklichung des Zivilrechtes" (6). Es gilt also - auf unser Problem bezogen - zu verhindern, dass ein Schuldner, gegen den ein Betreibungsverfahren angehoben ist, durch die Einschaltung einer Drittperson sich um seine Zahlungspflicht drücken kann; andernfalls würde die Zwangsvollstreckung illusorisch. Bei der Rechtsschöpfung sind im übrigen die allgemeinen Regeln (7) zu beachten, so v.a. die bewährte Lehre und der Gerichtsgebrauch (Art. 1 Abs. 3 ZGB). Schliesslich fragt es sich noch (§ 9), ob eine in freier Rechtsfindung erfolgende Statuierung von Mitwirkungspflichten Dritter im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht ihre Schranke an den Prinzipien des Rechtsstaates findet? Öffentlich-rechtliche Pflichten, zu denen auch diese Mitwir-

-
- (3) Der in dieser Norm enthaltene Grundsatz findet auch im Zwangsvollstreckungsrecht Anwendung: Staehelin, S. 251; Komm. Meier-Hayoz, N 77 zu Art. 1 ZGB und dort zitierte BGE.
- (4) BGE 90 I 141; 97 I 355; 99 V 21; Imboden/Rhinow, S. 147.
- (5) Guldener, S. 52 f.; Komm. Meier-Hayoz, N 72 zu Art. 1 ZGB.
- (6) Staehelin, S. 252.
- (7) "Der Richter ist zur Bildung einer Rechtsregel berufen, und zwar in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage, unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit": Komm. Meier-Hayoz, N 317 ff. zu Art. 1 ZGB.

kungspflichten zählen (8), bedürfen bekanntlich einer gesetzlichen Grundlage (9). Stehen sodann der Annahme weiterer Mitwirkungspflichten Dritter im Zwangsvollstreckungsverfahren keine Hindernisse mehr im Wege, so bleibt noch zu prüfen, welche Zwangsmittel den Vollstreckungsbehörden zu deren Durchsetzung zur Verfügung stehen (§ 10).

Bei all diesen Untersuchungen wird abzuklären sein, ob dem Bankier als Drittschuldner oder Drittgewahrsamsinhaber auf Grund des Bankgeheimnisses eine besondere Stellung unter den Drittpersonen zukommt.

(8) Siehe oben, § 2 Ziff. II/3.

(9) Staehelin, S. 252; Komm. Meier-Hayoz, N 56 zu Art. 1 ZGB; Meier-Hayoz in SJZ 46 (1950), S. 341, Anm. 3.

DRITTES KAPITEL

Die Mitwirkungspflichten Dritter, insbesondere die Auskunft- und Herausgabepflicht im Pfändung- und Arrestverfahren

§ 6 Kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers

Das SchKG zieht - wie gesehen (§ 3 Ziff. I) - Drittpersonen nur bei der Generalexekution zur Mitarbeit heran. In der Spezialexekution hingegen ist nach Art. 91 SchKG allein der Schuldner bei Straffolge verpflichtet, der Pfändung beizuwohnen oder sich an derselben vertreten zu lassen und dem Vollstreckungsbeamten Hand zu bieten zu einer genügenden Pfändung. Einige Autoren (1) ziehen hieraus den Schluss, dass der Gesetzgeber, wenn er die Mitwirkung Dritter beim Pfändungsverfahren gewollt hätte, dies auch ausdrücklich bestimmt hätte. Sie treten generell für eine abschliessende, gesetzliche Regelung ein.

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung (2) sind diesbezüglich anderer Ansicht. Der Pfändungsbeamte, aber auch der Konkursbeamte und die Konkursverwaltung sind unter Umständen zur richtigen Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben auf die Mitarbeit dritter Personen angewiesen. "Wenn SchKG 244 bei Aufstellung des Kollokationsplanes die Konkursverwaltung anweist, die nötigen Erhebungen zur Erhaltung der angemeldeten Forderungen zu machen, wenn SchKG 89 dem Betreibungsbeamten die Vollziehung der Pfändung, SchKG 162 die Aufnahme des Güterverzeichnis, SchKG 275 die Vollziehung des Arrestes aufträgt, so muss der Gesetzgeber dem Beamten auch die hiefür nötigen Mittel zur Verfügung stellen" (3). SchKG 109 sieht überdies ausdrücklich die

(1) Delachaux, S. 36; Hegetschweiler in SJZ 45 (1949), S. 38; Jann, S. 78; Schaefer in SBG-Publikation, Juni 1945, S. 18.

(2) Siehe oben, S. 53, Anm. 1.

(3) Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 99.

Pfändung von Vermögenswerten des Betreibungsschuldners vor, die im Gewahrsam eines Dritten stehen. Das Bundesgericht gelangte daher in BGE 55 III 15 zum Schluss: "Dal momento che la legge,, permette il pignoramento di beni mobili detenuti da un terzo,, occorre necessariamente ammettere che essa ha inteso dare all Ufficio i mezzi occorrenti per eseguire il pignoramento," (4). Blumenstein (3) leitet aus diesen Gesetzesbestimmungen die Befugnis, ja sogar die Pflicht (5) des zuständigen Amtes ab, bei Dritten die erforderlichen Erkundigungen einzuholen. Es wird wohl niemand den Schuldbetreibungsbehörden das Recht abstreiten, ihre amtlichen Funktionen möglichst gut und gewissenhaft zu erfüllen. Die Frage ist nur, welche Mittel (6) hierzu nötig sind bzw. welcher sie sich bedienen dürfen (7), und wieweit Drittpersonen sich diesen zu unterwerfen haben. Nicht in allen Fällen, in denen das SchKG die Organe der Schuldbetreibung und des Konkurses mittelbar zur Nachforschung bei Drittpersonen auffordert, will es auch den Dritten zur Auskunfterteilung an diese Behörde verpflichten. Wo nämlich ein Richter zum Entscheid von Streitigkeiten aufgerufen ist, etwa im Widerspruchs-, Aussonderungs-, Kollokations- oder Anfechtungsverfahren (8), kann der Dritte im Gerichtsverfahren zu einer Zeugen- oder Parteiaussage veranlasst werden, weshalb sich eine Auskunftspflicht gegenüber den Schuldbetreibungsbehörden er-

(4) Vgl. auch BGE 22, 996.

(5) So auch das Bundesgericht in BGE 100 III 29: "Il appartenait,, à l'Office des poursuites de requérir des tiers séquestrés des précisions,".

(6) Etwa Auskunfts-, Vorlegungs- und Herausgabepflicht des Dritten und die dazugehörigen Zwangsmittel.

(7) Diese Auffassung wird auch von Jann, Schaefer und Schwager geteilt, wenn sie den Organen in der Betreibung auf Pfändung, im Konkurs, im Arrest und im Nachlassvertragsverfahren Kompetenzen nach Massgabe ihrer Stellung im Verfahren zuerkennen: Jann, S. 77; Schaefer in SBG-Publikation, Juni 1945, S. 18; Schwager, S. 103.

(8) SchKG 107 I, 109, 242 II, 250 I, 285.

übrigt. In den anderen Fällen aber würde die Annahme einer abschliessenden, gesetzlichen Regelung - wie noch aufzuzeigen sein wird (S. 89f.) - bewirken, dass die Organe der Schuldbetreibung ihre gesetzlichen Funktionen nicht ausüben könnten. Dass dem so sein muss, kann mit Fug nicht behauptet werden und war auch nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt.

Hinzu kommt, dass das am 1. Januar 1892 in Kraft getretene Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nachgewiesenermassen überaus lückenhaft ist und zahlreiche Fragen offenlässt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Vereinheitlichung der 25 verschiedenen kantonalen Zwangsvollstreckungsrechte auf erhebliche Schwierigkeiten stiess, zumal grosse Teile des Zivilrechts damals noch nicht vereinheitlicht waren. Die Schwierigkeiten wurden auch nicht alle mit der Schaffung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ausgeräumt, da das SchKG dem neuen Zivilrecht nicht überall richtig angepasst wurde (9). Sodann führten auch Wandlungen des Sozial- und Wirtschaftslebens immer wieder zu neuen Problemen des Betreibungs- und Konkursverfahrens (10). Bei dieser Sachlage erstaunt es nicht, dass der Verordnungstätigkeit und Beschwerdepraxis des Bundesgerichtes grosse Bedeutung zukommt. Umso mehr gebietet es sich, mit der Annahme einer abschliessenden, gesetzlichen Regelung der Mitwirkungspflichten Dritter zurückhaltend zu sein.

Interessant ist, dass im Minderheitsentwurf von 1875 (11) ein besonderer (dritter) Abschnitt zur "Pfändung in den Händen eines Dritten" vorgesehen war. Laut § 74 hatte die Drittperson auf Anfrage des pfändenden Weibels hin an-

-
- (9) Probleme im Zusammenhang mit dem neu eingeführten Güterstand der Güterverbindung z.B. wurden erst 1936 durch Art. 68 bis SchKG geklärt.
- (10) Es sei nur etwa an den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erinnert, der 1949 Aufnahme ins SchKG (Art. 316a-316 t) fand.
- (11) BG über Schuldbetreibung und Konkurs, Entwurf mit Motiven, vorgelegt durch die Kommissionsminderheit, welche das System der Pfändung im Gegensatz zu demjenigen des Konkurses aufrecht hält, Sept. 1875, Bern, Buchdruckerei Jent & Reiert, 1875.

zugeben, "wie hoch der Belauf der schuldigen Forderung sei oder welche Gegenstände der dritte Gepfändete besitze oder an welchen der Schuldner Miteigenthümer sei". Der Weibel hatte aber nur dann ein "Inventar nebst Schätzung" der beweglichen Sachen aufzunehmen, wenn der Drittgewahrsamsinhaber sich bereit erklärte, dieselben auszuhändigen (§ 75). Weigerte sich der Dritte, eine Erklärung abzugeben, oder befriedigte dessen abgegebene Erklärung den Gläubiger nicht, so wurde letzterer auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen (§ 76). Vermuthlich erwies sich diese Regelung als so unzulänglich, dass sie weder im Gesetzesentwurf vom 23. Februar 1886 und der dazugehörigen Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 erwähnt wurde (12), noch in den anschliessenden parlamentarischen Beratungen (13) je zur Sprache kam. Auch der zweite und dritte (definitive) Gesetzesentwurf (14) verfolgten diesen Gedanken nicht weiter; überhaupt fehlt in den Gesetzesmaterialien jede Bezugnahme auf die Mitwirkungspflichtigen Dritter beim Pfändungs- und Arrestverfahren. Hieraus zu schliessen, dass der Gesetzgeber bewusst auf die Mitarbeit des Drittgewahrsamsinhabers und Drittschuldners verzichtet hätte, scheint mir indessen aus den oben angeführten Gründen verfehlt.

In den folgenden §§ 7 + 8 werden wir, für das Pfändungs- und Arrestverfahren getrennt, zu ergründen suchen, wieweit die Vollstreckungsbeamten bei Ausübung ihrer amtlichen Funktionen auf die Mithilfe Dritter angewiesen sind, welcher Art diese sein kann und ob Gründe vorliegen, die einer Mitwirkungspflicht entgegenstünden.

(12) BB1 1886 II, S. 1-166.

(13) Ständerat: BB1 1886 III, S. 605 ff., 775 ff., 877 ff.;
Nationalrat: BB1 1887 I, S. 784 ff.; II, S. 257 ff..

(14) BB1 1888 I, S. 353 ff.; IV, S. 1137 ff..

§ 7 Notwendigkeit und Arten der Mitwirkung Dritter im Pfändungsverfahren

I. Begriff und Voraussetzungen der Betreibung auf Pfändung

1. Begriff

Die Betreibung auf Pfändung steht neben der Betreibung auf Pfandverwertung und der Betreibung auf Konkurs und tritt gemäss Art. 42 Abs. 1 SchKG immer ein, wenn nicht eine der beiden anderen Schuldbetreibungsarten vorgeschrieben ist. "Sie soll die Befriedigung des Gläubigers für die in Betreibung gesetzte Forderung dadurch bewirken, dass bestimmte dem Schuldner gehörende Vermögenswerte amtlich beschlagnahmt (gepfändet) und hierauf nach den im Gesetz vorgesehenen Formen in Geld umgesetzt (verwertet) werden, so dass aus ihrem Erlös der Gläubiger befriedigt werden kann" (1). Sie stellt demnach eine Vollstreckungsmassnahme dar (2), dies im Gegensatz zur Sicherungsmassnahme des Arrestes (3).

Das Verfahren der Betreibung auf Pfändung gliedert sich in drei Stadien (4): die Pfändung, die Verwertung und die Verteilung des Erlöses.

- Mit der Pfändung werden die zur Deckung des Gläubigers notwendigen Vermögensstücke des Schuldners mit Beschlag belegt. Sie erfolgt immer nur auf ausdrückliches Begehren des Gläubigers; dann aber wird sie von Amtes wegen durchgeführt. "Der Staat entfaltet seine Machtgewalt im Interesse des Privaten, um ihn bei der Verwirklichung seines Rechtes gegen den Schuldner zu unterstützen" (5). Diesem Verfahrensstadium werden wir im folgenden unsere besondere Aufmerksamkeit zuwenden.

(1) Blumenstein Handbuch, S. 324

(2) "Die Pfändung dient der Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners": BGE 84 III 79.

(3) Siehe unten, § 8 Ziff. II.

(4) Blumenstein Handbuch, S. 325.

(5) Schoch, S. 2.

- Die Verwertung erfolgt nach Ablauf der gesetzlichen Frist ebenfalls auf Begehren des Gläubigers und wird durch das Amt vollzogen.
- Die Verteilung des Erlöses wird an den Gläubiger oder - bei Bildung von Gruppen - an die Gläubiger nach Abschluss des Verwertungsverfahrens von Amtes wegen vorgenommen. Bleibt ein ungedeckter Betrag, so wird ein Verlustschein ausgestellt.

2. Voraussetzungen

Hier soll nicht die Rede sein von Subjekt und Objekt der Betreibung (6), welche entscheidenden Einfluss auf die Wahl der einen oder anderen Zwangsvollstreckungsart ausüben, sondern von den Voraussetzungen an das der Beschlagnahme vorausgegangene Verfahren.

Das Einleitungsverfahren (7) "will Klarheit schaffen, ob der Schuldner sich der Betreibung unterzieht, ohne dass vorher eine richterliche Prüfung der vom Gläubiger erhobenen Forderung stattfinden muss" (8). Es gilt dann als mit Erfolg durchgeführt, wenn der Zahlungsbefehl an den Schuldner ohne Rechtsvorschlag geblieben, oder ein solcher durch Urteil im ordentlichen Verfahren oder durch Rechtsöffnung beseitigt worden ist.

Im Anschluss daran kann der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen, wobei er zwei gesetzliche, nicht erstreckbare Fristen zu beachten hat: die Zahlungsfrist von zwanzig Tagen und die Verwirkungsfrist von einem Jahr (9), beides seit Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist ein Rechtsvorschlag erfolgt, so fällt die Zeit zwischen der Anhebung und

(6) Vgl. hierzu Blumenstein Handbuch, S. 142/44 + 157/62; Favre, S. 93 + 97.

(7) Mehr darüber bei Blumenstein Handbuch, S. 235 ff.; Favre, S. 126 f.; Fritzsche Band I, S. 115 ff..

(8) Fritzsche Band I, S. 115.

(9) Ein zu spät gestelltes Fortsetzungsbegehren bildet einen Nichtigkeitsgrund: BGE 89 IV 80 mit Hinweisen.

der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung (Art. 88 Abs. 1 + 2 SchKG). Mit Einreichung dieses Begehrens gibt der Gläubiger den Anstoss zur Vornahme der Pfändung, die sich dann von Amtes wegen abwickelt.

II. Die Pfändungsvornahme

1. Vollziehendes Organ und örtliche Zuständigkeit

Das Fortsetzungsbegehren ist an jenes Betreibungsamt zu richten, welches den Zahlungsbefehl ausgestellt hat, es sei denn, der Schuldner hätte inzwischen seinen Wohnsitz verlegt (SchKG 53). Eine irrtümliche Einreichung des Begehrens beim Amt am früheren Wohnsitz des Schuldners ist aber gleichwohl rechtswirksam, sofern sie nicht auf dessen Beschwerde hin für ungültig erklärt würde; das Fortsetzungsbegehren ist von Amtes wegen an das zuständige Amt weiterzuleiten (10).

Vollzogen wird die Pfändung vom Betreibungsamt am Orte, wo die zu pfändenden Gegenstände liegen (SchKG 89; (11)). Befinden sich diese ausserhalb des eigenen Betreibungskreises, so muss der Beamte die Rechtshilfe des Amtes am Lageort in Anspruch nehmen (12). Diese Beschränkung ist im öffentlichen Interesse geboten: "Würde die Pfändung von Objekten, die in einem anderen Betreibungskreis liegen, zugelassen oder nur als durch Beschwerde anfechtbar erklärt, so bestünde erfahrungsgemäss die Gefahr, dass Pfändungen auf Distanz vorgenommen würden, d.h. ohne dass der Beamte sich an Ort und Stelle vom Vorhandensein des Pfändungsgegenstandes überzeugt und den Schätzungswert desselben auf Grund eigener Besichtigung bestimmt. Dem kann nur vorgebeugt werden, indem eine

-
- (10) BGE 86 III 89; für die Fristberechnung zählt die erste Zu-
stellung.
- (11) Die genaue Bestimmung des Lageortes kann mitunter Probleme
aufwerfen, so etwa bei der Sammelverwahrung von Wertpapie-
ren: vgl. hierzu unten, S. 70 f. und Anm. 40.
- (12) Vgl. Art. 110 ff. der Anweisung des Obergerichtes des Kan-
tons Zürich zum SchKG sowie zum GebT vom 11.2.1952 (Zür-
cher Anweisung).

Pfändung ausserhalb des Betreibungskreises grundsätzlich als nichtig erklärt wird," (13). Als pfändendes Amt gilt dabei das requirierende, weshalb Beschwerden betreffend die Pfändung als solche ihm gegenüber zu erheben sind, während das requirierte Amt dann passiv legitimiert ist, wenn sich die Beschwerde gegen die Art und Weise des Pfändungsvollzuges richtet (14).

Forderungen und Rechte des Schuldners, deren Existenz nicht an eine Urkunde geknüpft ist, werden stets vom Amt am Wohnort des Betreibungsschuldners gepfändet, gleichgültig in welchem Kreis der Drittschuldner wohnt (15).

Der Betreibungsbeamte muss die Pfändung nicht selbst vornehmen; er kann sie einem unter seiner Verantwortung stehenden Angestellten (Betreibungs- oder Pfändungsgehilfe bzw. Weibel) delegieren (16).

Die Vollziehung einer Pfändung durch ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt ist nichtig und kann jederzeit aufgehoben werden (17). Die Nichtigkeit wird nicht bloss mit der Gefährdung öffentlicher Interessen begründet (s. oben), es stehen ebenso die Interessen Dritter, nämlich allfälliger weiterer Gläubiger, die sich der Pfändung gemäss Art. 110 oder 111 SchKG anschliessen können, auf dem Spiel. "Solche Dritte haben Anspruch darauf, sich beim zuständigen Betreibungsamt nach dem Bestand einer Pfändung erkundigen zu können, und andererseits ist in der Regel auch nur das zuständige Betreibungsamt in der Lage, die sich aus Art. 110 und 111 SchKG ergebenden Teilnahmerechte in gehöriger Weise zu berücksichtigen" (18).

(13) BGE 55 III 165 f..

(14) BGE 84 III 35; Blumenstein Handbuch, S. 85; Fritzsche Band I, S. 161 f..

(15) Komm. Jaeger, N 5 zu Art. 89 SchKG; Art. 119 Abs. 2 Zürcher Anweisung.

(16) Fritzsche Band I, S. 32.

(17) BGE 55 III 166; 68 III 33; 80 III 101; 88 III 10; 91 III 47; Favre, S. 173.

(18) BGE 91 III 49.

2. Aufgaben und Kompetenzen des Pfändungsbeamten

Die Form der Durchführung von Pfändungen ist im Gesetz nicht näher geregelt. Insbesondere werden keinerlei bestimmte Formalitäten vorgeschrieben, welche beobachtet sein müssen, damit die Pfändung eine gültige ist. Solche ergeben sich aber aus der Natur der Sache (19) und sollen nachstehend bei der Betrachtung der Aufgaben des Pfändungsbeamten hervorgehoben werden.

a) Pfändungsvollzug innert drei Tagen

Wenn SchKG 89 den Beamten dazu anhält, die Pfändung im Laufe der drei auf den Eingang des Fortsetzungsbegehrens folgenden Arbeitstagen vorzunehmen, so soll eine später erfolgte Pfändung dennoch gültig sein. ".... l'art. 89 non ha voluto stabilire una norma di diritto assoluto, ma solo una regola di procedura nell'interesse di un andamento regolare e speditivo delle operazioni d'esecuzione" (20). Es handelt sich hierbei lediglich um eine Ordnungsvorschrift (21), deren Missachtung mittels Beschwerde gerügt werden kann und die allenfalls eine Schadenshaftung des Beamten gemäss Art. 5 SchKG nach sich zieht.

b) Pfändungsankündigung

"Dem Schuldner wird die Pfändung spätestens am vorhergehenden Tage unter Hinweis auf die Bestimmungen des Art. 91 angezeigt" (SchKG 90). "Am vorhergehenden Tage" bedeutet aber nicht wenigstens 24 Stunden zuvor (22).

Die Form der Ankündigung wird im Gesetz selbst nicht geregelt; die Praxis verwendet dafür ein besonderes Formular (Form. Nr. 5). Darin sind der Pfändungsort sowie mindestens anzugeben, an welchem Tag die Pfändung vorgenommen werden soll und ob dies vor- oder nachmittags ge-

(19) Schoch, S. 2.

(20) BGE 26 I 352.

(21) BGE 86 III 89 f..

(22) BGE 29 I 622 E.1.

schehe; wenn möglich, ist die Pfändungszeit noch genauer zu bezeichnen (Art. 13 VBR (23)). Der Schuldner, der sich auf diesen Zeitpunkt am Pfändungsort einzufinden bzw. vertreten zu lassen hat, darf verlangen, dass die Beschlagnahme zu dieser Stunde erfolgt. Das Bundesgericht hat einer Vertreterin des Schuldners bereits bei einer Verspätung von zwei Stunden gegenüber der angezeigten Pfändungszeit das Recht zugebilligt, sich in der Annahme, die Pfändung finde nicht statt, vom Pfändungsort zu entfernen (BGE 35 I 239). Jedenfalls hätte sich ein Schuldner ohne neue Terminanzeige an späteren Tagen nicht mehr zur Verfügung zu halten, und keinesfalls könnte man ihn wegen Ungehorsams im Betreibungsverfahren zur Anzeige bringen (24).

Die Pfändungsankündigung enthält neben den Angaben über Pfändungsort und Pfändungszeit auch die Vorschriften, die der Schuldner bei der Vornahme der Pfändung zu beachten hat und die, wenn er sich darüber hinwegsetzt, entweder seine Bestrafung oder das Eingreifen der Polizei zur Folge haben. Sie klärt den Schuldner zudem über die unpfändbaren oder beschränkt pfändbaren Vermögenswerte auf. Nebst der Schuldnerorientierung will die Ankündigung dem Pfändungsbeamten auch vergebliche Pfändungsgänge ersparen. Der Schuldner wird zwar in der vollen Verfügungsfreiheit über sein Vermögen noch nicht beschränkt, gleichwohl macht er sich des Pfändungsbetruges schuldig, wenn er, um die bevorstehende Pfändung ganz oder teilweise erfolglos zu machen, Vermögensgegenstände beseitigt (Art. 164 Ziff. 1 StGB; (25)).

Der Schuldner hat ein Recht auf die Pfändungsankün-

(23) Verordnung Nr. 1 zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs (Reglement über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register und die Rechnungsführung) vom 18.12.1891.

(24) BLSchK 26 (1962), S. 53; vgl. auch BGE 43 III 269.

(25) Ist die Pfändung bei einer Drittperson zu vollziehen, so soll auch hier eine schriftliche Ankündigung erfolgen und gleichzeitig auf die Straffolgen von StGB 164 Ziff. 2 hingewiesen werden.

digung, wobei die ältere Praxis (26) SchKG 90 lediglich als Formvorschrift auffasste, von deren Erfüllung die Gültigkeit einer Pfändung nicht abhängt. Richtig ist aber, dass eine Pfändung, der keine gehörige Ankündigung vorausging, auf Beschwerde des Schuldners hin aufzuheben ist, wenn dieser dadurch nicht in der Lage war, ihr beizuwohnen oder sich dabei gültig vertreten zu lassen, um so seine Rechte auf Mitgestaltung der Pfändung auszuüben (27). Der Schuldner darf nicht durch ein Versehen des Betreibungsamtes ausser Stand gesetzt werden, Bemerkungen und Wünsche betreffend der zu pfändenden Vermögenswerte anzubringen (SchKG 95). Das Beschwerderecht entfällt demnach mangels eines rechtlichen Interesses, wenn der Schuldner trotz fehlender Ankündigung bei der Pfändung anwesend war; nahm an der Pfändung aber nur zufällig eine als Hausgenosse zu seiner Vertretung befugte Person teil, so muss dem Schuldner das Beschwerderecht gewahrt bleiben. Es darf ihm nicht die Möglichkeit genommen werden, seinen Vertreter wenigstens zu instruieren. Insofern ist in der Pfändungsankündigung ein Gültigkeitserfordernis der Pfändung zu sehen.

Die Anzeige hat auch bei einer Ergänzungs- und einer selbständigen Nachpfändung zu erfolgen (28), nicht dagegen beim Arrestvollzug und der Vornahme einer Retentionspfändung (29). Weigert sich der Schuldner, die Pfändungsankündigung entgegenzunehmen, so gilt sie gleichwohl als rechtmässig erfolgt (30).

(26) BGE 23 II 1937; 25 I 567 f..

(27) BGE 30 I 802; 35 I 239 f.; 43 III 268 f.; 77 III 106 f.; ebenso Komm. Jaeger, N 5 zu Art. 90 SchKG. Nichtigkeit anzunehmen, besteht mangels Verletzung öffentlicher Interessen oder solcher dritter, am Verfahren nicht beteiligter Personen keine Veranlassung; BGE 89 IV 79 ff..

(28) Komm. Jaeger, N 2 zu Art. 90 SchKG; a.M.: Komm. Weber/Brüstlein, N 2 zu Art. 90 SchKG.

(29) Arrest und Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses stellen Sicherungsmassnahmen dar, deren Erfolg durch eine Voranzeige an den Schuldner gefährdet werden könnte.

(30) B1SchK 27 (1963), S. 50; Joos, S. 123.

c) Feststellen und Spezifizieren der zu pfändenden Vermögenswerte

Der Pfändungsbeamte begibt sich zur angekündigten Zeit an den angezeigten Pfändungsort. Dieser ist regelmässig die Wohnung des Schuldners, kann aber auch dessen Arbeitsort sein, wenn der Beamte pfändbare Vermögensobjekte dort vermutet. Sodann gehört es zu den wesentlichsten Aufgaben des Pfändungsbeamten, jene Vermögenswerte des Schuldners ausfindig zu machen und bis zur Deckung der in Betreuung gesetzten Forderung zu pfänden, welche nicht durch die Art. 92 bis 94 SchKG dem Pfändungsbeschluss entzogen sind. Zu diesem Zweck wird er den Schuldner darüber befragen, welche Gegenstände sein Eigentum sind, ob weitere Objekte drittverwahrt werden, sowie, ob er Forderungen und Rechte gegenüber Drittpersonen besitzt. Der Beamte darf sich indessen nicht mit den Antworten des Schuldners begnügen; er hat vielmehr selbst nach pfändbaren Werten umzuschauen und den Schuldner - nötigenfalls mit Polizeigewalt (SchKG 91 II) - zum Öffnen von Räumlichkeiten und Behältnissen anzuhalten (31). Dies ist immer dann unumgänglich, wenn der Wert der vom Schuldner angegebenen Güter die Forderung des Betreibungsgläubigers (inkl. Zinsen und Kosten) nicht deckt oder die betreffenden Güter mit Arrest belegt sind bzw. als dritten Personen zugehörig bezeichnet werden (SchKG 95 III). Aber auch dann wird der Beamte eine genauere Abklärung vornehmen müssen, wenn der Schuldner den Besitz eines vom Gläubiger angegebenen Gegenstandes verneint.

aa) Verifikation

Wesentlich für den Pfändungsvollzug ist, dass der Pfändungsbeamte sich vom Vorhandensein der zu pfändenden Sachen persönlich überzeugt (32), sei es beim Schuld-

(31) BGE 83 III 64 f..

(32) BGE 27 I 232; 29 I 622; 41 III 292; 60 III 142; 83 III 65; Archiv SchKG X, Nr. 31; ZBJV 75 (1939), S. 263 f.; Komm. Jaeger, N 8 zu Art. 91 SchKG; vgl. auch Art. 107 Abs. 1 Zürcher Anweisung.

ner oder sei es bei einem dritten Gewahrsamsinhaber. Hat der Beamte sogar Gegenstände zu pfänden, von denen auch nur eine Betreibungspartei behauptet, sie gehörten dem Schuldner (33), dies selbst dann, wenn die Behauptung im übrigen bestritten wird und/oder seiner eigenen Meinung zuwiderläuft (34), so darf er die Pfändung doch nur nach erfolgter Verifikation vornehmen. Anders als die Pfändung einer bestrittenen Forderung (s. unten S. 71), ist jene eines als vorhanden bezeichneten, aber unauffindbaren Gegenstandes ausgeschlossen (35). Diese Verifikationspflicht bezüglich körperlicher Güter wird zwar im Gesetz nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Abgesehen davon, dass eine Schätzung (SchKG 97) ohne Augenschein ausgeschlossen ist, bietet die Pfändung eines Gegenstandes, dessen Existenz lediglich vom Schuldner oder Gläubiger behauptet wird, nicht die mindeste Erfolgsgewähr. Zu gross wäre das Risiko, dass das Verwertungsobjekt fehlte, und die Pfändung somit ins Leere ginge. An dieser Pflicht des Pfändungsbeamten ist festzuhalten, auch wenn nicht jede verifizierte und gepfändete Sache zur Verwertung gelangt; sie kann noch auf Grund einer erfolgreichen Drittansprache aus der Pfändung fallen (SchKG 106/09). Ebensovienig kann ausschlaggebend sein, dass bestrittene - also ungewisse - Forderungen nicht bloss gepfändet, sondern gar als solche verwertet werden können (36),

-
- (33) BGE 34 I 164 ff.; 40 III 218 E.2; 83 III 105 ff..
Es genügt, dass sonstige Anhaltspunkte für solches Eigentum bestehen; immerhin ist die Pfändung von Sachen nicht gerechtfertigt, die zweifellos im Eigentum eines Dritten stehen und zu welchen der Schuldner keinerlei Beziehungen hat: BGE 84 III 79 f. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 93 III 92; 104 III 58 E. 3 + 4; ZR 43 (1944), Nr. 42, sowie Art. 116 Abs. 1 + 2 Zürcher Anweisung.
- (34) BGE 40 III 448 ff.; 41 III 14 f.; 42 III 116 ff.; 59 III 92 f.; BLSchK 11 (1947), Nr. 73. Richtig scheint mir die in ZBJV 78 (1942), S. 259 f. vertretene Ansicht, dass von einer Pfändung abzusehen sei, wenn, ohne bestimmte Gegenstände zu nennen, einfach behauptet wird, eine Drittperson verwahre Vermögen des Schuldners, wobei jene dies aber bestreitet.
- (35) BGE 60 III 139.
- (36) BGE 49 III 94; 54 III 240; 61 III 162; BLSchK 23 (1959), Nr. 7; SJZ 68 (1972), S. 224, Nr. 126.

denn die Prüfung, ob eine Forderung existiert, steht - anders als die Verifikation eines Gegenstandes - nicht dem Betreibungsamt zu (37). Art. 95 Abs. 5 SchKG schliesslich verpflichtet den Beamten, neben den Interessen des Schuldners auch jene des Gläubigers zu berücksichtigen; diesem aber ist mit der "Pfändung" eines unauffindbaren Objektes nicht gedient.

In diesem Zusammenhang drängt sich eine Kritik an der bestehenden Verifikationspraxis gegenüber Banken als Drittgewahrsamsinhaber auf. Dem Betreibungsbeamten wird in der Regel der Zugang zu den Banktresors verwehrt; es ist ihm also nicht möglich, sich persönlich vom Vorhandensein der Wertschriften des Pfändungsschuldners zu überzeugen. Das Betreibungsamt behilft sich in dieser Situation damit, dass es den Banken eine Sperranzeige (Form. Nr. 9) unter Angabe der Höhe der in Betreibung gesetzten Forderung zugehen lässt und sie gleichzeitig auffordert, ihm schriftlich anzugeben, ob, und wenn ja, welche Wertschriften der Pfändungsschuldner durch die betreffende Bank verwahren lässt. Die Banken kommen dieser Aufforderung regelmässig nach; es steht aber in ihrem Belieben, bis zum Deckungsbetrag irgendwelche - vielleicht schlecht realisierbare (38) - Wertpapiere anzugeben und andere, bessere Titel, zu verheimlichen, so dass evtl. eine Nachpfändung nötig wird. Eine solche verspricht jedoch kaum Erfolg, da der Betriebene mittlerweile über die nicht mit Pfändungsbeschluss belegten Effekten frei verfügen konnte. Ebenso besteht die Möglichkeit, dass die Bank dem Betreibungsamt aus eigenem Interesse - etwa, weil der Pfändungsschuldner ein wichtiger Kunde ist, den sie nicht verlieren möchte - Wertschriften des letzteren vorenthält. Das Risiko einer späteren Aufdeckung und der damit verbundenen Strafuntersuchung wirkt nicht in allen Fällen abschreckend genug.

(37) BGE 49 III 96; 54 III 48 E. 2; 82 III 130; ZR 66 (1967), Nr. 113.

(38) Eine Bank wegen eines ungenügenden Verwertungsergebnisses behaften zu wollen, dürfte nur schwerlich gelingen.

Es mag offenbleiben, ob sich diese faktische Sonderstellung der Banken unter den Drittgewahrsamsinhabern mit Hinweis auf das Bankgeheimnis rechtfertigen liesse, denn dem Pfändungsbeamten würde auch ein Einblick in die Tresore kaum weiterhelfen. Das Streifbanddepot, bei dem die Titel eines Kunden unter dessen Namen getrennt von denen anderer DepONENTEN verwahrt werden, ist nämlich im Verschwinden begriffen. Die Mehrzahl der Effekten liegt - unausgeschieden nach Kunden- und eigenen Stücken der Bank - bloss nach Titelgattung getrennt in sog. Sammeldepots, welche überdies nicht unbedingt von der Hinterlegerbank geführt werden müssen (39). Angesichts dieser Umstände liesse sich eine Verifikation der zu pfändenden Effekten im ursprünglichen Sinne nicht mehr durchführen (40); anderseits muss eine Lösung gefunden werden, die dem Pfändungsgläubiger die gewünschte Erfolgsge- währ bietet und den Banken zugleich jede Manipulationsmög- lichkeit nimmt. Der Kontostand und die Wertpapierbestände eines jeden Bankkunden werden buchmässig festgehalten. Die meisten Banken haben sich derzeit die Vorzüge der Computertechnik zu eigen gemacht und sind in der Lage, mit Hilfe von Datenstationen (Terminals) jederzeit den aktuellen Vermögensstand ihrer Kunden abzurufen. M.E. sollte die Verifikation bei Banken dahingehend modifiziert werden, dass ein

-
- (39) Vgl. die diesbezüglichen Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Die SEGA AG (Schweizerische Effekten-Giro AG) mit Sitz in Basel hat die Funktion einer Wertpapiersammelbank übernommen, der am 31.12.1977 253 Teilnehmerbanken angeschlossen waren: Jahresbericht 1977 der SEGA AG.

Der Kunde gibt sein Alleineigentum an den hinterlegten Titeln auf und erhält stattdessen einen Miteigentumsanteil am Gesamtsammelbestand der betreffenden Wertpapiergattung: Komm. Zobl, N 38 ff. zu Art. 727 ZGB.

- (40) Ungelöst ist bei der Drittverwahrung von Wertpapieren die Frage der örtlichen Zuständigkeit der Betreibungsämter, da sich die Titel des Betreibungsschuldners mit der Aufgabe des Alleineigentums nicht mehr individualisieren und somit auch nicht bei einer Drittbank feststellen lassen. Richtig scheint mir, jenes Amt als zuständig anzusehen, in dessen Kreis die Hinterlegerbank liegt, da sich diese zur jederzeitigen Rückgabe der Titel an den Deponenten und Betreibungsschuldner verpflichtet hat.

Angestellter der Bank im Beisein des Vollstreckungsbeamten den Stammcode des Kunden und Betreuungsschuldners in den Computer eingibt und dem Beamten hernach die Computerantwort zur Verfügung stellt. Gegen eine Verifikation in diesem Sinne könnten auch keine Bedenken wegen des Bankgeheimnisses vorgebracht werden, das allenfalls dadurch verletzt werden könnte, dass der Pfändungsbeamte bei der Verifikation mehr als nur die Vermögenswerte des Betreuungsschuldners sähe.

Bei Forderungen bzw. sonstigen Rechten, die als Pfändungsobjekte in Betracht fallen, kann sich der Betreibungsbeamte naturgemäss nicht mit eigenen Augen von deren Existenz überzeugen. Wird ihm vom Pfändungsgläubiger eine Forderung zur Pfändung angegeben, so hat sich der Beamte beim Betreuungsschuldner, und im Zweifelsfall auch beim Drittschuldner nach dem Bestand dieser Forderung zu erkundigen. Wird von einem oder beiden die Schuldpflicht verneint, so ist die Forderung gleichwohl zu pfänden, denn es ist nicht Sache des Betreibungsamtes, über den Bestand eines Rechts zu befinden (41). Das Gleiche gilt, wenn die vom Betreuungsschuldner angegebene Forderung vom angeblichen Drittschuldner bestritten wird (42). Die Behauptung des betreibenden Gläubigers ist nur dann nicht massgebend:

- "wenn er selber nachträglich zur Ueberzeugung gelangt ist, dass die von ihm als Pfändungsobjekt verzeigte Forderung nicht zu Recht besteht, und die anderen Beteiligten ihm darin beistimmen" (43);

(41) Darüber zu entscheiden, ist ausschliesslich den Gerichten vorbehalten; BGE 49 III 96; 54 III 48 E. 2, 239; 82 III 130. Der Pfändungsgläubiger kann sich die bestrittene Forderung nach SchKG 131 anweisen oder zedieren lassen oder er kann sie bei der öffentlichen Versteigerung erwerben, um danach auf dem Prozessweg den Forderungsbestand feststellen zu lassen.

(42) ZR 66 (1967), Nr. 113.

(43) BGE 81 III 19; ebenso BGE 74 III 80 f. und ZR 66 (1967), Nr. 113.

- wenn aus den tatsächlichen Vorbringen des Gläubigers selbst zweifelsfrei auf die Nichtexistenz der Forderung zu schliessen ist (44);
- "wenn die Nichtexistenz behaupteter, pfändbarer Rechte sich unzweifelhaft aus dem Ausgang eines darüber ergangenen amtlichen Verfahrens ergibt" (45).

Einzig in diesen Ausnahmefällen lässt sich die Nichtpfändung solcher Rechte durch das Betreibungsamt bzw. die Aufhebung einer erfolgten Pfändung durch die Aufsichtsbehörden rechtfertigen.

Die Pfändung ist auch dann vorzunehmen, wenn behauptet wird, die Forderung stehe nicht dem Betriebenen zu oder sie sei mit Pfandrechten belastet. Dies gilt selbst, wenn die Pfändung von auf einen Dritten lautenden Guthaben verlangt wird (46). Die Frage, wer der wahre Gläubiger ist, muss im Widerspruchsverfahren geklärt werden.

bb) Spezifikation

Mit der Verifikation der der Pfändung unterworfenen Vermögensobjekte allein ist es nicht getan. Eine Pfändung ist nach Rechtsprechung und Lehre (47) erst damit vollzogen, dass der Beamte dem Schuldner (48) unter Hinweis auf das Verbot (SchKG 96 I) und die Straffolgen (StGB 169) einer vom Amte nicht bewilligten Verfügung ausdrück-

-
- (44) BGE 54 III 48 E. 2; nicht aber auf Grund rechtlicher Ueberlegungen; a.M.: BGE 28 I 200 ff..
- (45) BGE 81 III 19; ebenso BGE 80 III 77 E. 3; 82 III 130; ZR 66 (1967), Nr. 113.
- (46) BGE 82 III 70, 151; 93 III 92; 96 III 109 f..
- (47) BGE 23, 1937; 50 III 48 f.; 74 III 4; 93 III 36; 94 III 80; 97 III 22; ZR 15 (1916), Nr. 53; 37 (1938), Nr. 28; Blumenstein Handbuch, S. 336; Favre, S. 176; Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 89 SchKG; vgl. auch Art. 107 Abs. 1 Zürcher Anweisung. Eine Norm, die den Beginn der Pfändungswirkungen zeitlich fixierte, fehlt im SchKG.
- (48) Bzw. jene Person, die ihn bei der Pfändung rechtsgültig vertritt.

lich erklärt, dass diese oder jene genau bezeichneten Sachen bzw. Forderungen (49) gepfändet seien.

Hieraus sowie aus dem folgenden erhellt, dass eine Spezifikation der für die Pfändung in Betracht fallenden Vermögenswerte unerlässlich ist (50); es geht beispielsweise nicht an, einfach "alle pfändbaren Aktiven des Schuldners" und dergleichen (51) als gepfändet zu bezeichnen. Ohne diese Individualisierung vermöchte das Betreibungsamt einige seiner gesetzlichen Aufgaben nicht zu erfüllen. Der Schuldner darf nur soweit, als es der Pfändungszweck erfordert, in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt werden (SchKG 96 I + 97 II); ein unbestimmtes Verfügungsverbot verstiesse gegen diesen Grundsatz. Eine Schätzung der gepfändeten Werte ist ohne deren genaue Bezeichnung ausgeschlossen (SchKG 97 I); auch wüsste das Betreibungsamt nicht, ob, und wenn ja, welche der gepfändeten Objekte es in amtliche Verwahrung zu nehmen hätte (SchKG 98 I). Eine Drittanzeige im Sinne von SchKG 99 könnte nicht erstattet werden. Ohne genaue Kenntnis des Pfändungssubstrates wäre das Amt zudem ausserstande, zu bestimmen, ob der Pfändungsurkunde die Bedeutung eines provisorischen Verlustscheines zukommen soll (SchKG 115 II); Drittansprecher könnten ihre Rechte nicht geltend machen (SchKG 106/09), und überdies liesse sich keine vernünftige Verwertung durchführen (SchKG 125 ff.). Zu Recht wird daher eine solche "Pfändung" als absolut nichtig bezeichnet (52).

-
- (49) In BGE 50 III 49 f. hat das Bundesgericht sogar eine Erklärung gegenüber dem Drittschuldner für genügend erachtet, da der Schuldner nicht erreichbar war.
- (50) BGE 41 III 388; 43 III 218 f.; 46 III 3, 100; 47 III 86 ff.; 50 III 192; 51 III 38, 121.
- (51) BGE 47 III 85: "toutes sommes, valeurs ou titres pouvant appartenir au débiteur"; BGE 51 III 121: "Guthaben aller Art sowie Wertschriften-Depots".
- (52) BGE 43 III 216 ff.; 50 III 192; 51 III 121 f.; Kuhn, S. 49.

Welches sind nun die für eine rechtsgültige Pfändung erforderlichen Angaben, die der Vollzugsbeamte in Erfahrung zu bringen hat? Die Eintragungen ins Pfändungsprotokoll, das lediglich der urkundlichen Feststellung und damit dem Beweis der massgebenden Pfändungserklärung dient (53), sind verschieden, je nachdem, ob eine körperliche Sache oder eine Forderung bzw. ein sonstiges Recht mit Beschlag belegt wird.

Gegenstände sind unter Angabe des Ortes, wo sie sich befinden, sowie der sie charakterisierenden Merkmale zu bezeichnen; bei Wertpapieren sind demnach erforderlich: genaue Titelbezeichnung, Nennwertangabe sowie Titelnnummer, wobei auf letztere bei vertretbaren Wertschriften in Sammeldepots verzichtet werden kann, da hier der Nummer keinerlei Bedeutung zukommt.

Bei Forderungen bzw. anderen Rechten genügt eine Angabe, "aus welcher der Schuldner und der Drittschuldner zweifelsfrei erkennen können, auf was die Pfändung sich bezieht" (54). Es sind dies - analog zu den zivilprozessualen Identitätsmerkmalen einer Klage (55) - im Regelfall die Bezeichnungen von Schuldner und Drittschuldner sowie des Rechtsgrundes (56); hinzu kommt die für eine Schätzung benötigte Höhe der Forderung (57). Ein Irrtum im Rechtsgrund soll indessen die Gültigkeit der Pfändung nicht in Frage stellen, sofern der aus dem Grundverhältnis sich ergebende Anspruch als Objekt der Pfändung erkennbar ist. Der Pfändungsbeamte

(53) BGE 94 III 80; ZR 15 (1916), Nr. 53; Blumenstein Handbuch, S. 336; a.M.: Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 89 SchKG, der die Pfändung erst mit der Erklärung und Eintragung in die Pfändungsurkunde als vollzogen betrachtet. Seine Auffassung steht aber im Widerspruch zum klaren Wortlaut von SchKG 112.

(54) Jaeger/Daeniker, N 1 zu Art. 95 SchKG.

(55) Vgl. hierzu Guldener, S. 197 ff..

(56) BGE 80 III 87 E. 1; Art. 139 Abs. 1 Zürcher Anweisung.

(57) BGE 47 III 88 und 81 III 19; Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 97 SchKG; a.M.: ZBJV 76 (1940), S. 357.

wird sich in erster Linie an den Schuldner wenden, um die zur Pfändung erforderliche Spezifikation zu erhalten; er hat im Zweifelsfall aber auch beim Drittschuldner Erkundigungen einzuholen (58). Gelingt es dem Beamten nicht, vom Schuldner und Dritten die gewünschten Angaben zu bekommen, oder bestreitet letzterer gänzlich oder teilweise seine Schuldpflicht, so ist die Forderung nach den vom Pfändungsgläubiger gemachten Behauptungen zu pfänden (59). Die Spezifikation einer gepfändeten Forderung kann - wie das Bundesgericht in BGE 47 III 88 feststellte - noch vor der Verwertung erfolgen, wenn gegen die Pfändung keine Beschwerde erhoben wurde. Dies dürfte aber nur dann zulässig sein, wenn dadurch keine Drittansprecher benachteiligt würden (60); dabei nähme man in Kauf, dass bei der Verwertung keine Forderung mehr besteht, da sie der Drittschuldner, dem mangels Spezifikation keine Drittanzeige zugeing, mittlerweile bezahlt hat. Richtig dünkte mich daher, die Spezifikation einer Forderung bereits bei deren Pfändung zu verlangen.

Generell ist festzuhalten, dass ein Vermögenswert immer dann hinreichend spezifiziert ist, wenn es dem Betreibungsamt gelingt, mit Hilfe der erhaltenen Angaben den oben (S. 73) angeführten Amtspflichten nachzukommen.

cc) Pflichtgemässe Sorgfalt des Pfändungsbeamten

Verifikation und Spezifikation von Pfändungsobjekten sind Aufgaben des Betreibungsamtes, die es von Amtes wegen durchzuführen hat. Der Gläubiger hat Anspruch darauf, dass der Betreibungsbeamte beim Aufsuchen und Feststellen von pfändbaren Vermögenswerten alle pflichtgemässe Sorgfalt

-
- (58) Komm. Jaeger, N 12 zu Art. 95 SchKG; BGE 47 III 88; 52 III 178 ff..
- (59) Komm. Jaeger, N 5 zu Art. 99 SchKG; BGE 47 III 88; vgl. auch oben, S. 72.
- (60) Nach Ueberweisung bzw. Verwertung einer gepfändeten Forderung findet bei einer im nachhinein erhobenen Drittansprache kein Widerspruchsverfahren mehr statt; Archiv SchKG XI, Nr. 72.

aufwendet, denn das Resultat der Pfändung hängt ab von der Anstrengung und Aufmerksamkeit, die dieser darauf verwendet. Art. 95 Abs. 5 SchKG gebietet, dass der Beamte sich nicht mit den erhaltenen Auskünften zufrieden geben darf, wenn er an deren Richtigkeit zweifelt; er hat in einem solchen Fall weitere Erhebungen anzustellen (61). Man kann ihn diesbezüglich als Vertreter des Gläubigers betrachten (62), dem ja der direkte Zugriff und die direkte Einsichtnahme in die Vermögensverhältnisse des Schuldners versagt ist. Will man ein Mass finden, um die pflichtgemässe Sorgfalt näher zu umschreiben, so ist auf das Interesse abzustellen, das der Pfändungsbeamte in der Situation des Gläubigers am Aufsuchen und Feststellen von Pfändungsobjekten hätte. Demnach handelt der Beamte dann pflichtgemäss, "wenn er die Sorgfalt anwendet, die er in seinen eigenen Angelegenheiten beobachtet", d.h. "wenn er so handelt, wie wenn es ihm selbst auf oder abgehen würde, wenn die Forderung durch Pfand ungenügend gedeckt wird" (62). Dabei werden ihm natürlich Grenzen gesetzt einerseits durch die ihm zur Verfügung stehende Zeit und die zulässigen Hilfsmittel sowie anderseits durch die gesetzlich festgestellten Rechte des Schuldners (SchKG 92/94). Auch letztere hat er so zu wahren, wie wenn es sich um sein eigenes Interesse handelte (SchKG 95 V).

d) Schätzung der Pfändungsobjekte

Zweck der Pfändung ist es, so viele Aktiven des Schuldners mit Beschlag zu belegen, als nötig sind, um dem Gläubiger voraussichtlich genügende Deckung für die betriebene Forderung samt Zinsen und Kosten (63) zu gewähren; die Pfändung ist daher abzubrechen, sobald sie hinreichende Deckung bietet (SchKG 97 II). Reicht das pfändbare Bargeld hierzu nicht aus, so müssen die zur Pfändung gelangenden Vermö-

(61) B1SchK 27 (1963), S. 141 f..

(62) 3JZ 22 (1925/26), S. 120 f., Nr. 101.

(63) Etwa Transport-, Aufbewahrungs- und Verwertungskosten aber auch die Kosten eines allfälligen Rechtsöffnungsverfahrens.

genswerte geschätzt werden (SchKG 97 I, (64). Die Schätzung dient aber nicht allein der Festlegung des Pfändungsumfanges (65); sie verfolgt weitere Ziele. Vorab soll die Schätzung klarstellen, ob dem Pfändungsobjekt überhaupt ein Mindestwert zukommt, da das Betreibungsverfahren bestimmungsgemäss nur Vermögenswerte beschlägt (66). Der Betreibungsbeamte hat indessen auch solche, nach seinem Dafürhalten wertlose, im übrigen (SchKG 92 bis 94) aber pfändbare Gegenstände und Rechte in die Pfändungsurkunde aufzunehmen, da ja seine Schätzung auf dem Beschwerdeweg angefochten werden kann (67). Bedeutsamer ist die Schätzung im Hinblick auf die in Art. 115 Abs. 2 SchKG getroffene Regelung, dass die Pfändungsurkunde dem Gläubiger als provisorischer Verlustschein diene, falls nach Meinung des Beamten nicht genügendes Vermögen vorhanden gewesen sei. Dadurch wird es dem Gläubiger möglich, einen Arrest gegen den Schuldner zu erwirken oder die Anfechtungsklage zu erheben (SchKG 271 Ziff. 5 bzw. 285). Sodann nimmt die Schätzung erfahrungsgemäss Einfluss auf das Verwertungsergebnis; der Schätzungswert "soll dem Amte bei der Aufgabe helfen, durch die Steigerung einen möglichst hohen Erlös zu erzielen" (68). Daher sieht Art. 29 Abs. 2 VZG vor, dass die Bekanntmachung der Steigerung auch die Schätzung enthalten soll, welche für die Kaufinteressenten eine Grundlage zur Beurteilung des Liegenschaftswertes bil-

(64) Für Grundstücke ist die Schätzung ausserdem in Art. 8 und 9 Abs. 1 der Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG) vom 23.4.1920 vorgeschrieben.

(65) BGE 29 I 623; 52 III 3; 73 III 55; 91 III 62; 97 III 20; ZR 59 (1960), Nr. 103.
Blumenstein Handbuch, S. 340/41; Komm. Jaeger, N 2 zu Art. 97 SchKG; Fritzsche Band I, S. 169; Favre, S. 175.

(66) BGE 35 I 620.

(67) Komm. Jaeger, N 7 zu Art. 91 SchKG.

(68) ZR 59 (1960), Nr. 103; ebenso daselbst Nr. 102 und BGE 70 III 17.

det (69). Vor der Teilrevision des SchKG vom 28. Sept. 1949 kam der Schätzung noch eine weitere Bedeutung zu. Art. 126 SchKG schrieb in seiner ursprünglichen Fassung die Ansetzung einer zweiten Steigerung vor, wenn das Angebot in der ersten den Schätzungswert nicht erreichte. Dieses Erfordernis wurde in der genannten Teilrevision fallengelassen; seither erfolgt der Zuschlag an den Meistbietenden, wenn dessen Angebot den Betrag allfälliger, dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt.

Die Schätzung dient demzufolge lediglich den Interessen der Gläubiger und des Schuldners; Interessen Dritter oder öffentliche Interessen werden durch die Unterlassung einer Schätzung oder deren unsachgemässe Durchführung nicht verletzt, so dass eine Pfändung wegen eines solchen Mangels nicht von Amtes wegen als nichtig zu erklären ist (70). Entgegen der früheren bundesgerichtlichen Auffassung in BGE 29 I 623 dürfte in solchen Fällen die Pfändung nicht einmal auf Beschwerde hin aufgehoben werden; vielmehr wäre die Schätzung nachzuholen (71) oder neu vorzunehmen (72). Insoweit stellt die Schätzung kein wesentliches Gültigkeitserfordernis des Pfändungsaktes dar (73).

Der Pfändungsbeamte hat auf Grund seiner Kenntnisse und Erfahrung, und wenn diese nicht ausreichen, unter Beziehung von Sachverständigen, den bei der Verwertung mutmasslich erzielbaren Erlös zu schätzen. Dieser ist nicht

-
- (69) Die Angabe des Schätzungswertes von Mobilien und Forderungen in der Gantanzeige ist weder vorgeschrieben noch erforderlich; Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 125 SchKG. Hingegen ist nicht ersichtlich, weshalb das Amt den Wert einem Kaufinteressenten auf Anfrage hin nicht soll nennen dürfen.
- (70) BGE 89 IV 79 f.; 97 III 20 f.; so schon Komm. Weber/Brüstlein, N 3 zu Art. 97 SchKG.
- (71) BGE 73 III 55; 97 III 21; ZR 24 (1925), Nr. 148.
- (72) BGE 93 III 22; 97 III 21; ZR 41 (1942), Nr. 120.
- (73) Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 89 SchKG.

einfach mit dem Verkehrswert der Sache in ihrem Zustand zur Zeit der Schätzung gleichzusetzen (74); zu berücksichtigen sind die mit einer öffentlichen Steigerung verbundenen Risiken, wie Unterangebote, Mangel an Angeboten sowie der Umstand, dass zwischen Pfändung und Verwertung eine Frist von einem Jahr liegen kann, im Falle eines Widerspruchsprozesses sogar noch mehr (75).

Bei der Schätzung von Forderungen darf der Beamte - wie oben (S. 71 f. + 74 f.) ausgeführt - nicht allein auf die Behauptungen des Schuldners abstellen; er hat sich nach Möglichkeit über den Zahlungswillen und die Zahlungsfähigkeit des Guthabenschuldners zu erkundigen. Dabei kann "nicht eine genaue, in alle Einzelheiten gehende Prüfung der Vermögenslage dieses Schuldners" (76) verlangt werden; der Betreibungsbeamte hat sich zuweilen sogar mit den vom Pfändungsgläubiger gemachten Angaben zu begnügen (77). Ist vor auszusehen, dass die gebotenen Nachforschungen einige Zeit beanspruchen werden, so kann der Beamte "im Interesse der betreibenden Gläubiger einstweilen eine vorläufige Schätzung der fraglichen Forderung vornehmen und, falls diese den in Betreibung gesetzten Forderungsbetrag nicht erreicht, bis zu dessen vollen Deckung auch andere Vermögensobjekte des Schuldners pfänden" (78). Uebersteigt eine als vollwertig eingeschätzte Forderung den Betrag der Betreibungssumme um ein Wesentliches, so darf nur der zur Deckung notwendige

(74) Vgl. diesbezüglich die Schätzung einer Nutzenstanzmaschine in ZR 44 (1945), Nr. 182. Bei der Schätzung von Grundstücken darf nicht bloss auf die Steuerschätzung oder den Brandversicherungswert abgestellt werden; BGE 73 III 52 ff..

(75) Joos, S. 155 f..

(76) BGE 51 III 115; andererseits kann u.U. mehr als die in Form. Nr. 9 enthaltene Auskunftsaufforderung an den Drittschuldner angezeigt sein. Jedenfalls lässt sich der Beamte vom Schuldner allfällige Beweisunterlagen herausgeben.

(77) Siehe oben, S. 71 f., und die dort angeführte Judikatur.

(78) BGE 52 III 180.

Teilbetrag gepfändet werden (79). Erfahrungsgemäss werden Guthaben vorsichtig eingeschätzt.

Ist eine Forderung pfandbelastet oder bestehen an einem Gegenstand Pfandrechte, die den Rechten der pfändenden Gläubiger vorgehen, so fällt für die Schätzung nur der verfügbare Ueberschuss in Betracht (SchKG 126 I). Mitunter muss daher die Pfändung auf anderes Vermögen des Schuldners ausgedehnt werden (80).

Die Schätzung stellt eine betreibungsamtliche Verfügung dar und ist als solche sowohl vom Pfändungsschuldner als auch vom -gläubiger innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung der Pfändungsurkunde mittels Beschwerde (SchKG 17) anfechtbar (81). In analoger Anwendung von Art. 9 Abs. 2 VZG kann auch bei beweglichen Pfändungsgegenständen von einigem Wert jede Partei gegen Vorschuss der Kosten bei der Aufsichtsbehörde eine neue Schätzung durch Sachverständige verlangen (82). Streitigkeiten über die Höhe der Schätzung werden endgültig durch die kantonalen Aufsichtsbehörden beurteilt (SchKG 19).

Auch wenn die Gültigkeit des Pfändungsaktes nicht von der Schätzung abhängt, ist der Betreibungsbeamte gleichwohl zu deren sachgemässen Vornahme verpflichtet. Dies nicht zuletzt deshalb, weil er die Interessen beider Beteiligungs-
parteien (83) - soweit tunlich - zu berücksichtigen hat (SchKG 95 V).

(79) BGE 52 III 3; diese Ansicht kommt auch im Wortlaut der Sperranzeige (Form. Nr. 9) zum Ausdruck.

(80) Vgl. hierzu das Beispiel in BGE 91 III 60 ff..

(81) Fritzsche Band I, S. 169; Favre, S. 175.

(82) Favre, S. 175; ZR 41 (1942), Nr. 120; a.M.: Blumenstein Handbuch, S. 341; BGE 51 III 114 ff.; 101 III 35 mit Vorbehalten.

(83) Der Schuldner ist an einer hohen Schätzung interessiert, um so den Pfändungsbeschluss auf möglichst wenig Vermögenswerte einzuschränken; der Gläubiger indessen möchte sicher und schnell - ohne Nachpfändung - zu seinem Geld gelangen und zieht daher eine vorsichtige Schätzung vor.

e) Inverwahrungsnahme und sofortige Verwertung
gepfändeter Gegenstände

aa) Amtliche Verwahrung

Von der Pfändung bis zur Verwertung vergeht eine gewisse Zeit. Zweck der amtlichen Verwahrung ist es, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, während dieser Zeit widerrechtlich über die gepfändeten Gegenstände (84) zu verfügen (85); sie bildet somit eine die "Verwertung sichernde und vorbereitende Massnahme" (86). Ihre Anordnung setzt stets eine gültige Pfändung voraus (87), wobei es keinen Unterschied macht, ob diese definitiv oder bloss provisorisch war (88).

"Geld, Banknoten, Inhaberpapiere, Wechsel und andere indossable Papiere, Gold- und Silbersachen und andere Kostbarkeiten" hat der Betreibungsbeamte im Anschluss an die Schätzung und Pfändungserklärung in Verwahrung zu nehmen (SchKG 98 I). Soweit Inhaberpapiere und Zinsen von solchen in Frage kommen, hält Fritzsche (Band I, S. 169) in Anlehnung an BGE 48 III 98 (89) dafür, dass es sich hierbei nicht um eine blosse Ordnungsvorschrift handle, sondern um eine Bestimmung, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Pfändung zur Folge habe. So wichtig diese Vorkehrung zum Schutze des Gläubigers vor unbefugten Verfügungen des Schuldners auch

-
- (84) Eine Behändigung ist nur bei beweglichen Sachen möglich; vgl. auch BGE 77 III 64.
- (85) BGE 45 III 61.
- (86) BGE 30 I 198; ebenso BGE 58 III 82.
- (87) BGE 58 III 82.
- (88) BGE 33 I 219; 83 III 19 f.; ZR 6 (1907), Nr. 200; SJZ 15 1918/19), S. 279, Nr. 192.
- (89) Zur Begründung hatte das Bundesgericht vorgebracht, dass die bei der Forderungspfändung vorgeschriebene Anzeige an den Drittschuldner, dass er rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten könne, bei der Pfändung von Inhaberpapieren nicht zulässig sei; eine Zahlung an einen späteren Inhaber des Titels könne doch nicht verweigert werden. Vgl. auch BGE 50 III 49 mit Hinweisen und BGE 60 III 141 bezüglich auf Namen lautender Grundpfandtitel; gl.M.: R. Egger, S. 55 f..

ist, so kann von ihrer Vor- bzw. Nichtvornahme doch nicht die Gültigkeit einer Pfändung abhängen. Sie tritt ja als blosser Sicherungsmassnahme zur gültig vollzogenen Pfändung hinzu (90); dies hat auch das Bundesgericht in BGE 63 III 63 ff. erkannt, wo es seine bisherige Rechtsprechung in diesem Sinne änderte. Nicht bestreiten lässt sich hingegen, dass die Erfolgsgewähr gerade bei einer Pfändung von in Art. 98 Abs. 1 SchKG aufgeführten Sachen ohne deren gleichzeitige Inverwahrungsnahme geringer ist (91).

Ist für die erwähnten, leicht veräusserlichen Kostbarkeiten die Behändigung obligatorisch, so steht sie bei ändern beweglichen Sachen im Ermessen des Betreibungsbeamten. Diese können einstweilen in Händen des Schuldners oder eines dritten Besitzers belassen werden gegen die Verpflichtung, sie jederzeit dem Amt zur Verfügung zu halten (SchKG 98 II). Erachtet es indessen der Beamte für angemessen (92) oder macht der Gläubiger glaubhaft (93), dass dies zur Sicherung seiner durch die Pfändung begründeten Rechte geboten ist, sind auch diese Sachen in amtliche Verwahrung zu nehmen oder einem Dritten zur Verwahrung zu übergeben (SchKG 98 III). Dem "Glaubhaftmachen" ist Genüge getan, wenn offensichtlich keine Schikane, sondern begründete Furcht vorliegt, dass Pfändungsobjekte beseitigt würden (94).

-
- (90) Jaeger, N 5 zu SchKG 98, sieht in der Verwahrung von Kostbarkeiten lediglich eine Ordnungsvorschrift.
- (91) Vgl. Art. 96 Abs. 2 SchKG, wo trotz Verfügungsverbot des Schuldners der Besitzerwerb durch gutgläubige Dritte ausdrücklich vorbehalten wird.
- (92) Etwa, weil der Gewahrsamsinhaber wegen eines Betreibungs- oder Konkursdeliktes vorbestraft ist, oder aber, weil er Anstalten trifft zur Beseitigung von Pfändungsgegenständen.
- (93) Die ursprüngliche, bis zum 31.12.1924 gültige Fassung von SchKG 98 III gab dem Gläubiger das Recht, in jedem Fall ohne weiteres die amtliche Verwahrung zu verlangen, was zu erheblichen Missbräuchen führte; vgl. Fritzsche Band I, S. 170, Anm. 275, mit Hinweisen.
- (94) ZBJV 59 (1923), S. 133; vgl. auch BGE 48 III 201; der Hinweis allein, der Schuldner sei Ausländer und mit seinem Wohnort nicht verwurzelt, genügt nicht; ZR 27 (1928), Nr. 118.

Der Pfändungsbeamte darf jedoch - auch bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen - nicht in allen Fällen eine amtliche Verwahrung anordnen. Sie ist immer dann zulässig, wenn die zu behändigenden Gegenstände sich im alleinigen Gewahrsam des Schuldners befinden (95). Drittansprechen solcher Sachen, die nicht zu ihrem Nutzen verwendet werden, ist nach Auffassung des Bundesgerichtes sogar ein rechtserhebliches Interesse an einer Beschwerde abzusprechen (BGE 82 III 99 f.), denn die "Verwahrung gefährdet das behauptete Dritteigentum in keiner Weise". Diese Ueberlegung überzeugt, wenngleich zuzugeben ist, dass sie in Art. 98 SchKG zu wenig klar zum Ausdruck gelangt. Aus dem Wortlaut von Abs. 4 könnte man e contrario ebensogut schliessen, dass eine Behändigung nicht erfolgen dürfe, wenn der Dritte ein anderes Recht als das Pfandrecht an der Sache behauptet, z.B. das Eigentum für sich in Anspruch nimmt. Tatsächlich hält die Praxis (96) eine amtliche Verwahrung stets dann für ausgeschlossen, wenn der Drittansprecher den alleinigen Gewahrsam über den betreffenden Gegenstand innehat und damit sein behauptetes Recht auch ausübt. Der Besitz ist hier die Rechtsscheinvermutung für das behauptete Recht (ZGB 930); die Wegnahme bedeutete überdies eine durch den Sicherungszweck der amtlichen Verwahrung nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Interessen des Drittansprechers. Die Herausgabe kann sodann nur auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens bei Aberkennung des Drittanspruches veranlasst werden.

Wie verhält es sich aber, wenn die gepfändeten Gegenstände im Mitgewahrsam des Schuldners und des Drittansprechers stehen? Das Bundesgericht schliesst in solchen

(95) BGE 22, 902; 54 III 135 f.; 82 III 99 f.; BLSchK 34 (1970), S. 91 f..

(96) BGE 22, 665, 901 f.; 33 I 477, 837; 39 I 294; 83 III 47 mit weiteren Hinweisen; BLSchK 27 (1963), Nr. 27; ZBJV 68 (1932), S. 299 f.; auch wenn es sich um in Art. 98 Abs. 1 SchKG erwähnte Sachen handelt; vgl. auch Art. 138 Abs. 2 Zürcher Anweisung; a.M.: Blumenstein Handbuch, S. 342, N 31.

Fällen die amtliche Verwahrung nicht zum Vorneherein aus (97); es stuft die Risiken des Gläubigers bei einem Aufrechterhalten des Mitgewahrsams generell höher ein als das Interesse des Dritten an der Ausübung seiner Rechte. Dies kann m.E. nicht für jeden Fall gelten (98). Die legitimen Interessen des Dritten - seine Rechte sind ja noch nicht widerlegt - , aber auch das allgemeingültige Verhältnismäßigkeitsprinzip gebieten, dass der Pfändungsbeamte jeweils eine konkrete Interessenabwägung vornimmt. So hat er insbesondere den Schaden, der sich für den Dritten durch eine sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisende amtliche Verfügung ergäbe, demjenigen gegenüberzustellen, der dem Gläubiger durch den Weiterbestand des bisherigen Zustandes erwachsen könnte. Fällt dieser Vergleich wesentlich zuungunsten des Drittsprechers aus, und sind dessen behauptete Rechte nicht offensichtlich (99) unbegründet, so sollte eine Inverwahrungsnahme unterbleiben (100). Solche Fälle sind jenen gleichzusetzen, wo der Drittsprecher den alleinigen Gewahrsam innehat, weshalb sich auch eine gleiche Behandlung aufdrängt. Andererseits vermag die Hängigkeit eines Widerspruchsverfahrens allein der amtlichen Verwah-

(97) BGE 79 III 108 ff.; 80 III 112; 82 III 99; vgl. auch BLSchK 34 (1970), Nr. 27.

(98) Es gilt auch hier, was das Bundesgericht bereits in BGE 22, 901 feststellte: "Allein es darf doch nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Gesetzgeber deshalb, weil er die Pfändung auch von solchen Gegenständen gestattet, die von Dritten zu Eigentum beansprucht werden, nun auch die amtliche Verwahrung solcher Gegenstände, eine Massnahme, die ungleich empfindlicher in die behaupteten Rechte des Drittsprechers eingreift, habe gestatten wollen".

(99) Zu denken wäre da an blosser Schutzbehauptungen einer Ehefrau zugunsten ihres betriebenen Ehegatten; eine genaue Prüfung liegt indessen nicht im Kompetenzbereich des Betreibungsamtes, sondern steht allein dem Richter zu (SchKG 106/09).

(100) Ähnlich: BLSchK 27 (1963), Nr. 27, wo der Drittspruch durch Urkundenbeweis als glaubhaft erschien; BLSchK 36 (1972), Nr. 20, in Anlehnung an die Regelung beim alleinigen Gewahrsam des Drittsprechers.

rung einer gepfändeten Sache nicht entgegenzustehen (101); zuständig zu deren Anordnung bleibt das Betreibungsamt (102).

Anders als beim Arrest (SchKG 277) kann bei der Pfändung die amtliche Verwahrung nicht durch Leistung einer Kautions seitens des Schuldners oder Dritter abgewendet werden (103).

Bargeld, das gepfändet und vom Betreibungsbeamten behändigt wurde, wird in die Amtskasse gelegt und gegebenenfalls (SchKG 9) bei der Depositenanstalt hinterlegt; gleiches gilt für Wertpapiere und Wertsachen. Andere Gegenstände werden in geeignete Räumlichkeiten verbracht. Der Beamte ist für die Erhaltung des Wertes dieser Gegenstände verantwortlich (104), muss also beispielsweise Stoffe mot-tensicher aufbewahren können. Für die aus der amtlichen Verwahrung erwachsenden Kosten ist der Gläubiger vorschusspflichtig (SchKG 105).

bb) Vorzeitige Verwertung (Notverkauf)

Der Betreibungsbeamte kann - auch vor Ablauf der hierfür vorgeschriebenen Minimalfristen (SchKG 116, 122) - auf Verlangen des Schuldners (105) oder als konservatorische Massnahme die Verwertung der Pfändungsobjekte durchführen (SchKG 124 I + II). Immerhin ist er nicht verpflichtet, ein entsprechendes Begehren zu erfüllen; er wird es dann nicht tun, wenn er befürchten muss, dass der Erlös bei rascher Verwertung geringer ausfallen würde, als wie bei Einhaltung der ordentlichen Frist. Hingegen soll er von Amtes wegen, im Interesse von Schuldner und Gläubiger, einen

(101) BGE 82 III 100; 83 III 47; B1SchK 34 (1970), Nr. 27.

(102) BGE 39 I 145; 83 III 47; unklar: ZR 35 (1936), Nr. 163.

(103) Komm. Jaeger, N 8 zu Art. 98 SchKG mit Hinweisen.

(104) BGE 45 III 61: die Verwahrung einem Dritten anvertrauen darf das Betreibungsamt nur, wenn dieser die volle Verantwortung dafür übernimmt, dass der Schuldner nicht mit über die Sachen verfügen kann.

(105) Bzw. des Dritteigentümers: BGE 69 III 79.

Notverkauf von Gegenständen tätigen, die einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern (106). Auch bloss provisorisch gepfändete oder mit Arrest belegte Sachen können einem Notverkauf unterliegen (107). Die Kompetenz zu dessen Anordnung wechselt nach Anhängigmachung einer Widerspruchsklage vom Betreibungsamt zum erkennenden Richter (108).

f) Anzeige an den Drittschuldner

Sind Forderungen oder Ansprüche gepfändet worden, für welche nicht eine an den Inhaber oder an Order lautende Urkunde besteht, so tritt an Stelle einer Behändigung die Sperrung des Anspruches nach SchKG 99. Das Betreibungsamt hat dem Drittschuldner mittels Form. Nr. 9 (109) von der Pfändung Kenntnis zu geben mit dem Bemerken, "dass die gepfändete Forderung rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt bezahlt und bei Zahlung an den betriebenen Schuldner nochmalige Zahlung verlangt werden kann". Er wird im weiteren aufgefordert, die Forderung, sofern und soweit sie zur Zahlung fällig ist, sofort beim Betreibungsamt zu bezahlen oder sich umgehend darüber zu erklären, ob er die Forderung anerkenne, evtl. aus welchen Gründen er sie bestreite. Letztere Angaben sind dem Betreibungsbeamten für die Schätzung und zur Bestimmung des Pfändungsumfanges dienlich, gehören also noch zum Pfändungsakt, weshalb sie der Beamte zwar nicht gestützt auf SchKG 99, aber in analoger Anwendung von SchKG 91 I verlangen darf (110). Ähnlich verhält es sich bei der Lohnpfändung, wo der Betriebene und dessen Arbeitgeber dem Betreibungsamt u.a. jeden

(106) Etwa Obst, Gemüse oder Tiere.

(107) Komm. Jaeger, N 7 zu Art. 124 SchKG.

(108) BGE 39 I 147 f.; ZR 35 (1936), Nr. 163.

(109) In einer Lohnpfändung wird der Arbeitgeber des Betriebenen mittels Form. Nr. 10 benachrichtigt.

(110) Siehe oben, S. 18 und 24, sowie unten, S. 89 f..

Wechsel der Arbeitsstelle zu melden haben (Form. Nr. 10; Art. 147 Zürcher Anweisung). Hier ergibt sich - wie das Bundesgericht in BGE 83 III 4 ff. feststellte - die Zulässigkeit dieser Aufforderungen aus dem Wesen der Lohnpfändung, welche künftige Lohnguthaben erfasst und daher allfälligen Aenderungen der Verdienstverhältnisse angepasst werden muss.

In der Anzeige selbst liegt keine Abtretung der Forderung; der Pfändungsschuldner bleibt als Gläubiger nach wie vor berechtigt, gegen den Drittschuldner klageweise vorzugehen oder die Betreibung anzuheben (111). Sie bezweckt vorab, dass der Dritte sich nicht mehr unter Berufung auf OR 167 durch Zahlung in gutem Glauben an den Betriebenen rechtsgültig von seiner Schuld befreien kann.

Eben aus diesem Grund hat der Pfändungsgläubiger Anspruch darauf, dass die Anzeige ohne Aufschub erfolgt; andernfalls könnte der Betriebene die Wirksamkeit der Pfändung praktisch vereiteln (112). Ein Beamter, der die Drittanzeige unterlässt oder ihre Vornahme schuldhaft verzögert, läuft Gefahr, für einen hieraus entstehenden Schaden haften zu müssen (113). Die Drittanzeige stellt indessen kein Gültigkeitserfordernis des Pfändungsaktes dar, sondern tritt - wie die amtliche Verwahrung - als Sicherungsmassnahme zur vollzogenen Pfändung hinzu (114).

g) Weitere Pflichten des Pfändungsbeamten

Nach der Beschlagnahme und der allfälligen Inverwahrungsnahme der gepfändeten Sachen bzw. der Sperranzeige an die Drittschuldner hat der Beamte weitere Mitteilungspflich-

(111) BGE 67 III 22.

(112) BGE 83 III 5.

(113) BGE 101 III 67 E. 6; Joos, S. 174; vgl. auch Art. 144 Zürcher Anweisung. Nur der Pfändungsgläubiger kann das Betreibungsamt von der Drittanzeige entbinden; BGE 83 III 20.

(114) BGE 78 III 128 mit Hinweisen; 83 III 5; 93 III 36; 94 III 80 f.; 101 III 67 E. 6; a.M.; BGE 31 I 722.
Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 89 SchKG; Joos, S. 174.

ten sowie gewisse Verwaltungspflichten zu erfüllen. So hat er anhand des beim Pfändungsvollzug aufgenommenen Protokolls (Form. Nr. 6) die Pfändungsurkunde (115) zu erstellen; Gläubiger und Schuldner haben Anspruch auf Zustellung einer Abschrift dieses Papiers, sofern sie nicht darauf verzichtet haben (SchKG 113). Im weiteren hat der Beamte u.a. die Pfändung von versicherten Gegenständen dem Versicherer ((116); Form. Nr. 12)), die Pfändung von Anteilsrechten den übrigen Berechtigten (SchKG 104; Form. Nr. 17) und die Grundstückspfändung dem Grundbuchführer (SchKG 101 I; Form. VZG 2 bis 6) anzuzeigen. Dem Versicherer wird hierbei gestützt auf Art. 56 VVG eröffnet, dass er für die Dauer des Pfändungsbeschlages seine Versicherungsleistungen nur mehr gegenüber dem Betreibungsamt rechtsgültig erbringen könne; ähnliches, wenn auch ohne ausdrückliche Gesetzesgrundlage, wird den neben dem Betriebenen an einem Gemeinschaftsvermögen Beteiligten auferlegt. Die Anzeige an den Grundbuchführer führt zur Vormerkung der Verfügungsbeschränkung über die gepfändeten Grundstücke im Grundbuch (ZGB 960 Ziff. 2). Sodann sind vom Betreibungsamt verschiedene Fristen anzusetzen, sei es zur Bestreitung oder zur gerichtlichen Geltendmachung von an Pfändungsobjekten behaupteten Rechten (SchKG 106/09). Daneben hat das Amt dafür zu sorgen, dass die gepfändeten Werte bis zur Verwertung erhalten bleiben; fällige Forderungen sind einzuziehen (SchKG 100) und natürliche Früchte "einzuheimsen" (SchKG 103 I). Gegebenenfalls muss es noch eine Ergänzungspfändung vornehmen (SchKG 110). Auf all diese Pflichten des Pfändungsbeamten braucht indessen nicht näher eingegangen zu werden, da sie, weil gesetzlich genügend abgesichert, in der Praxis, auch von Seiten der davon betroffenen Drittpersonen, kaum Anlass zu Schwie-

(115) SchKG 112; das Pfändungsprotokoll dient der urkundlichen Feststellung und damit dem Beweis der massgebenden Pfändungserklärung: BGE 94 III 80 mit Hinweisen; mehr zur Ausgestaltung und Bedeutung der Pfändungsurkunde (Form. Nr. 7) bei Joos, S. 168 ff..

(116) Art. 1 der Verordnung betr. die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach dem BG vom 2.4.1908 über den Versicherungsvertrag vom 10.5.1910.

rigkeiten bieten.

h) Schlussfolgerung: Kompetenzen des Pfändungsbeamten

Primäre Aufgabe des Betreibungsamtes beim Pfändungsvollzug ist es, jene Vermögenswerte des Schuldners ausfindig zu machen und bis zur Deckung der in Betreibung gesetzten Forderung (inkl. Zinsen und Kosten) zu pfänden, welche nicht durch Art. 92/94 SchKG dem Pfändungsbeschluss entzogen sind. Beim Aufsuchen und Feststellen dieser Werte ist der Pfändungsbeamte in erster Linie auf die Mithilfe des Betriebenen angewiesen. Daher kann er den Schuldner - wie in der Pfändungsankündigung angezeigt - nicht bloss zur Teilnahme an der Pfändung, sondern auch zur Angabe seiner Vermögenswerte, ja sogar zum Öffnen von Räumlichkeiten und Behältnissen verhalten; letzteres kann er nötigenfalls mittels Polizeigewalt durchsetzen (SchKG 91 I + II). Eine genaue Befragung des Schuldners mag zur Pfändung von Forderungen und sonstigen Rechten genügen; kommen aber körperliche Sachen als Pfändungsobjekte in Betracht, so muss sich der Beamte mit eigenen Augen von deren Existenz überzeugen (Verifikation). Auch Spezifikation, d.h. die konkrete Pfändungserklärung, und die Schätzung setzen einen persönlichen Augenschein der betr. Gegenstände durch den Pfändungsbeamten voraus; Verifikation und Spezifikation sind - wie dargelegt - Gültigkeitserfordernisse der Pfändung. Der Pfändungsbeamte ist demnach berechtigt, ja verpflichtet, den Schuldner zu befragen und evtl. eine Hausdurchsuchung vorzunehmen sowie sich die Pfändungsobjekte vorlegen und allenfalls zwecks amtlicher Verwahrung herausgeben zu lassen.

Wie verhält es sich aber, wenn das Betreibungsamt vom Gläubiger und/oder Schuldner erfährt bzw. sonstwie Anhaltspunkte dafür hat, dass der Betriebene Vermögensgegenstände im Drittgewahrsam liegen oder Forderungen bzw. sonstige Rechte gegenüber Drittpersonen hat? Stehen dem Beamten gegenüber diesem Dritten die gleichen Befugnisse zu wie gegenüber dem Schuldner? Wie oben, S. 56 ff., dargelegt,

findet sich im SchKG keine ausdrückliche Antwort auf diese Frage; jedenfalls scheint die Annahme eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers nicht begründbar. Die Antwort liegt m.E. in jenen Gesetzesbestimmungen, die sowohl die Pfändung von Guthaben des Schuldners bei Dritten als auch jene von in Drittgewahrsam befindlichen Gegenständen des Schuldners zulassen (SchKG 91 I und 109). Hat der Beamte demnach solche Vermögenswerte zu pfänden, so muss er auch - soweit nötig - befugt sein, diese Drittpersonen zur Mitwirkung heranzuziehen (117). Verifikation und Spezifikation der zu pfändenden Vermögenswerte und damit die Pfändung als solche wären im vorneherein zum Scheitern verurteilt, wenn das Betreibungsamt keine Drittpersonen zur Mitarbeit auffordern dürfte. Wollte man dies annehmen, so wäre der Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch geraten, denn wie kann er einerseits die Pfändung bestimmter Werte anordnen, der Vollzugsbehörde andererseits aber die hierfür nötigen Kompetenzen versagen? Es drängt sich folglich die Annahme einer Gesetzeslücke auf, die in analoger Anwendung der dem Pfändungsbeamten gegenüber dem Betriebenen zustehenden Befugnisse zu schliessen ist. Der Beamte muss also Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner, auch wenn deren Stellung bloss behauptet wird, nach Vermögenswerten des Schuldners befragen dürfen; er muss sich in Drittverwahrung liegende Gegenstände des Betriebenen zur Schätzung vorlegen und für eine zulässige (oben S.81 ff.) Inverwahrungsnahme herausgeben lassen dürfen. Die Befugnis, bei einer Drittperson eine Hausdurchsuchung (118) nach pfändbaren Gegenständen des Schuldners vorzunehmen, ist indessen auf jene Fälle zu beschränken, wo der Dritte den Gewahrsam nicht bestreitet bzw. dieser nachgewiesen ist und der Dritte die

(117) Vgl. auch oben, S. 56 ff., und die dort angeführte Literatur und Judikatur.

(118) Die Befugnis zur Hausdurchsuchung ist das Korrelat zur Oeffnungspflicht gemäss SchKG 91 II.

betr. Sachen nicht freiwillig vorlegt (119). Im weitern ist Voraussetzung, dass dem Beamten jene Gegenstände, die er aufzufinden hofft, einigermaßen bekannt sind (120), da sonst eine Hausdurchsuchung kaum Erfolg verspricht. Eine Drittperson, die kein schuldnerisches Vermögen besitzen will und der das Gegenteil nicht nachzuweisen ist, soll nicht auf Grund einer blossen Behauptung des Pfändungsgläubigers oder -schuldners in ihrer Privatsphäre gestört und allenfalls zu einem Widerspruchsverfahren genötigt werden. In solchen Fällen ist von einer Pfändung abzusehen (121).

Was die betreibungsrechtlichen Kompetenzen des Pfändungsbeamten gegenüber Drittpersonen betrifft, so besteht kein Anlass, zwischen Banken und den übrigen Drittschuldnern bzw. Drittgewahrsamsinhabern zu unterscheiden. In der Praxis ergeben sich diesbezüglich kaum Probleme, da die Banken die Befugnisse des Pfändungsbeamten anerkennen (122).

Nachdem vorstehend die Pfändungsvornahme und dabei insbesondere die Aufgaben und Kompetenzen des Betreibungsamtes näher betrachtet wurden, werden wir in den folgenden Ziff. III und IV untersuchen, wieweit Schuldner und Drittpersonen verpflichtet sind, diesen Aufforderungen zur Mitwirkung im Pfändungsverfahren Folge zu leisten.

III. Mit der Pfändung verbundene Pflichten des Schuldners

Gewissermassen als Anknüpfungspunkt für die sich daran anschliessende Behandlung der Mitwirkungspflichten von Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner sollen hier die Ver-

-
- (119) Die Hausdurchsuchung darf nicht bei einem beliebigen Dritten durchgeführt werden; es muss Gewissheit bestehen, dass er Pfändungsobjekte verwahrt; s. unten, S. 114 f..
- (120) Lotz, S. 80 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 28 I 407.
- (121) ZBJV 78 (1942), S. 260.
- (122) Vgl. N 21 auf S. 8 des Kreisschreibens Nr. 87 D der Schweizerischen Bankiervereinigung an ihre Mitgliedbanken vom 10.6.1955.

fahrenspflichtigen des Pfändungsschuldners und deren Durchsetzungsmöglichkeiten in knapper Form (123) aufgezeichnet werden.

1. Präsenzpflcht

In der Pfändungsankündigung wird dem Schuldner mit Hinweis auf Art. 91 Abs. 1 SchKG angezeigt, dass er bei Straffolge verpflichtet sei, der Pfändung beizuwohnen oder sich bei derselben vertreten zu lassen. Die Art der Vertretung wird im Gesetz nicht näher ausgeführt; ohne besondere Vollmacht zuzulassen sind die gesetzlichen Vertreter (124), dann aber in Anlehnung an SchKG 222 II auch die Erben und Hausgenossen des Schuldners (125). Andere Vertreter werden sich als solche zu legitimieren haben; sind sie nicht in der Lage, im gewünschten Masse Auskunft zu erteilen, braucht sie der Pfändungsbeamte nicht zu akzeptieren.

Ist der Schuldner oder sein Vertreter zur Pfändungsvornahme nicht erschienen und hat er sich nicht mit hinreichenden Gründen entschuldigt, so schreitet der Beamte gleichwohl zur Pfändung. Verschlussene Räumlichkeiten und Behälter kann er nötigenfalls durch polizeiliche Hilfe öffnen lassen, und die Pfändung von Gegenständen, von deren Vorhandensein er sich überzeugen konnte, ist auch bei Abwesenheit des Schuldners oder seines Vertreters rechtsgültig, sofern dieser gehörig benachrichtigt wurde (126). Die Pfändung ist nun aber erst vollzogen, wenn sie dem Schuldner unter Hinweis auf das Verbot und die Straffolgen einer vom Amte nicht bewilligten Verfügung über die mit Beschlag belegten Sachen

(123) Eine ausführliche Darstellung findet sich bei A.E. Kuhn, Die Auskunftspflicht des Schuldners, Diss. Zürich 1956.

(124) Etwa Vormund, Inhaber der elterlichen Gewalt oder Ehemann bezüglich des eingebrachten Frauengutes.

(125) Komm. Jaeger, N 5 zu Art. 91 SchKG; Fritzsche Band I, S. 163; Kuhn, S. 68; vgl. auch SchKG 64 und 65.

(126) Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 91 SchKG mit Hinweisen; vgl. auch BGE 33 I 669 sowie oben, S. 64 ff..

ausdrücklich eröffnet wurde (127). Die Pfändungserklärung kann zwar auf schriftlichem Wege erfolgen, doch wird der Beamte vielfach nicht umhin kommen, den Schuldner auf das Amt zu laden. Dies ist immer dann geboten, wenn der Beamte keine oder bloss in ungenügendem Masse Pfändungsobjekte vorfand, da in solchen Fällen nur eine Befragung des Schuldners Aufschluss über weitere Vermögenswerte bringen kann. Unentbehrlich ist die Befragung des Schuldners bei einer Lohnpfändung. Leistet der Schuldner dieser Aufforderung nicht Folge, und war eine genügende Pfändung in seiner Abwesenheit nicht möglich, so ist der Beamte zur Strafanzeige verpflichtet (BGE 69 III 75). Die Verletzung der Erscheinungspflicht wird in Art. 323 Ziff. 1 StGB mit Haft bis zu 14 Tagen oder mit Busse bis zu Fr. 5'000.-- (StGB 106) bedroht (128).

Mit der Möglichkeit, einen ungehorsamen Schuldner zu bestrafen, kann es indessen nicht sein Bewenden haben. Die Fälle, in denen der Schuldner trotz gehöriger Vorladung zur Auskunftgabe über seine Vermögens- und Erwerbsverhältnisse vor dem Pfändungsbeamten nicht erscheint, sind besonders in grösseren Amtsbezirken zahlreich (129). Die Frage, ob der Pfändungsschuldner - analog zur konkursrechtlichen Regelung in SchKG 229 I (130) - polizeilich zur Auskunfterteilung in das Amtslokal vorgeführt werden dürfe, blieb lange Zeit offen und wurde erst 1961 vom Bundesgericht in bejahendem Sinne beantwortet (131). Bereits zuvor hatte sich die Praxis vieler Betreibungsämter für die polizeiliche Vorführung eines nicht freiwillig erschienenen Pfändungs-

(127) Siehe oben, S. 72 f..

(128) Vgl. hierzu ein Beispiel in BGE 82 IV 15 ff..

(129) Vgl. die Ergebnisse einer Umfrage von H. Ammann in BLSchK 18 (1954), S. 130.

(130) In SchKG 91 I fehlt eine entsprechende Ermächtigung des Pfändungsbeamten.

(131) BGE 87 III 87 ff.; vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen in BLSchK 18 (1954), S. 129 ff.; 26 (1962), S. 7 ff.; 27 (1963), S. 11 ff.; 30 (1966), S. 84 ff.. Komm. Jaeger, N 4 zu Art. 91 SchKG verneinte noch die Zulässigkeit eines anderen Zwanges als desjenigen der Bestrafung.

schuldners entschieden und war durch die kantonalen Aufsichtsbehörden geschützt worden (132). Das Bundesgericht hielt dafür, dass die Präsenzpflcht nach SchKG 91 I ebenso wie diejenige nach SchKG 229 I dazu diene, die richtige und zweckentsprechende Durchführung einer Zwangsvollstreckung zu ermöglichen; die Missachtung beider Pflichten werde überdies mit gleicher Strafe bedroht (StGB 323 Ziff. 1 + 5). Sachlich gerechtfertigt liege es auch im wohlverstandenen Sinne des Gesetzes, dass das Gebot des Art. 91 Abs. 1 sich ebenso wie dasjenige des Art. 229 Abs. 1 durch zwangsweise Vorführung des Schuldners durchsetzen lasse. Voraussetzung hierzu sei aber, dass der Schuldner "ohne genügende Entschuldigung wegblieb und sich auch nicht gehörig vertreten liess, und dass sich seine persönliche Anwesenheit zum Abschluss der Vollzugsmassnahmen als notwendig erweist; nach rechtsstaatlichen Grundsätzen muss ihm die Vorführung angedroht worden sein", was heute in der Pfändungsankündigung (Form. Nr. 5) geschieht. Interessant ist, dass das Bundesgericht die für Eingriffe in Individualrechte grundsätzlich erforderliche gesetzliche Grundlage hier durch einen Analogieschluss erfüllt sah. Die notwendige Vorführung ist "eine im Oficialcharakter der Zwangsvollstreckung begründete, dem Schutz höherer Interessen dienende Massnahme; der Eingriff in die persönliche Freiheit ist verhältnismässig geringfügig" (BGE 87 III 95). De lege ferenda wäre es indes wünschenswert, wenn diese Zwangsmassnahme in Art. 91 SchKG aufgenommen würde. Die entsprechende Klausel könnte etwa so lauten: "Hat der Schuldner es ohne genügende Entschuldigung versäumt, der Pfändung beizuwohnen oder sich dabei vertreten zu lassen, so kann ihn das Betreibungsamt nötigenfalls durch die Polizei vorführen lassen".

2. Auskunftspflicht

Das Betreibungsamt kann nicht wissen, was alles dem Schuldner gehört, welche Guthaben er hat und wo sich sein

(132) In BGE 87 III 90 werden jene Aufsichtsbehörden aufgezählt.

Vermögen befindet. Was der Pfändungsbeamte zufälligerweise an Vermögensstücken vorfindet, dürfte in der Regel nur einen Bruchteil des gesamten Vermögens ausmachen. Deshalb wird dem Schuldner in SchKG 91 I nicht bloss eine Erscheinungspflicht auferlegt, sondern er hat im weitern dem Beamten, soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist, sein Vermögen zu offenbaren. Wann die gepfändeten Vermögenswerte zur Deckung der Forderung ausreichen, bestimmt der Beamte und nicht der Schuldner (133). Jener trifft auch die Wahl unter mehreren möglichen Pfändungsobjekten (134); soweit ihm SchKG 95 I/IV die Reihenfolge nicht vorschreibt, hat er gemäss Abs. 5 der nämlichen Norm die Interessen von Gläubiger und Schuldner zu berücksichtigen.

Die Offenbarung besteht nicht nur in der Angabe des Wertes des gesamten Vermögens, sondern auch in der Bezeichnung jedes einzelnen Vermögensstückes und dessen Wertes, sowie in der Angabe des Aufbewahrungsortes und des Namens eines allfälligen Drittverwahrers. Ueber Guthaben und sonstige Rechte hat der Schuldner derart eingehend Auskunft zu erteilen, dass jene auf Grund der erhaltenen Angaben verwertet werden können (135). Kuhn (S. 59 ff.) erstreckt mit guten Gründen die Auskunftspflicht des Schuldners auch auf dessen Geschäftsverkehr während einer gewissen Zeit vor der Betreibungsanhebung sowie auf dessen Lebensgewohnheiten und auf das Schicksal nicht mehr vorhandener Vermögensteile. So kann sich der Beamte ein umfassendes Bild von der Vermögenslage des Betriebenen machen und anfechtbare Rechtsgeschäfte (SchKG 286 ff.) aufdecken.

Wie verhält es sich, wenn ein der beruflichen Ge-

(133) Blumenstein Handbuch, S. 339.

(134) Ebensowenig steht es dem Schuldner zu, über die Kompetenzqualität einzelner Vermögensstücke zu entscheiden.

(135) Mehr zum Umfang der Auskunftspflicht bei Kuhn, S. 48 ff.; Komm. Jaeger, N 7 ff. zu Art. 91 SchKG.

heimhaltungspflicht unterliegender Schuldner dem Pfändungsbeamten die Auskunft gestützt auf das Berufsgeheimnis verweigern will? Soweit der Gesetzgeber die Schweigepflicht unter strafrechtlichen Schutz gestellt hat, hat er ausdrücklich die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten (136). Der Pfändungsbeamte ist nun aber nach SchKG 91 I berechtigt, ja verpflichtet, sich über die finanzielle Lage des Betriebenen Klarheit zu verschaffen; dabei kann es unumgänglich sein, beispielsweise die Patienten und damit auch Schuldner (137) eines Arztes namentlich in Erfahrung zu bringen. Ein Arzt, der dem Beamten unter Nennung seiner Patienten Auskunft über seine Vermögensverhältnisse erteilt, setzt sich folglich keiner strafrechtlichen Verfolgung aus. Selbst wenn man in der blossen Bekanntgabe der Patienten einen Vertrauensbruch sähe, riskierte der Arzt nicht, wegen Verletzung in den Persönlichkeitsrechten oder auf Grund einer anderen zivilrechtlichen Haftungsklage mit Erfolg belangt zu werden, denn er kann sich der betreibungsamtlichen Aufforderung nicht widersetzen, ohne sich selbst strafbar zu machen (138). Der Pfändungsbeamte ist sogar berechtigt, Einblick in die Geschäftsbücher des Schuldners zu nehmen (139); dies kann ihm der Arzt unter Berufung auf das ärztliche Geheimnis nicht verwehren, es sei denn, die in Frage kommenden Patienten-Kartotheken enthielten medizinische Angaben (140). Vertrau-

(136) StGB 321 Ziff. 3 und BaG 47 IV.

(137) Schuldner wird der Patient in der Regel erst nach Abschluss der ärztlichen Behandlung; BGE 53 III 156.

(138) Er nimmt dadurch berechnigte Interessen wahr, die sein Verhalten nicht als widerrechtlich erscheinen lassen: Guhl, S. 182 f.. Der Arzt ist hier bloss stellvertretend für die übrigen nach StGB 321 zum Schweigen verpflichteten Berufsträger angeführt. Ein Bankier dürfte freilich weniger als Pfändungsschuldner denn als Konkursit auftreten.

(139) Komm. Jaeger, N 11 zu Art. 91 SchKG.

(140) BGE 53 III 154 ff.; SJZ 36 (1939/40), S. 67 f.; Kuhn, S. 22.

liche Fakten, die nichts zur Klärung der finanziellen Lage des Pfändungsschuldners beitragen, verbleiben weiterhin unter dem Schutz der beruflichen Geheimhaltungspflicht. Sollte der einsichtnehmende Beamte bei seinen Erhebungen Kenntnis von Geheimnissen erhalten, so erwüchse dem Geheimnisberechtigten hieraus kein Nachteil, da der Beamte seinerseits an das Amtsgeheimnis gebunden ist, so dass keine Gefahr besteht, dass das Geheimnis in die Öffentlichkeit gerät (141). Ein Anwalt oder ein Bankier, bei dem Wertstücke unbeteiligter Dritter gepfändet werden und der die Namen jener Kunden preisgibt, handelt nicht nur gesetzeskonform, sondern auch im Interesse der Kunden, die sonst allenfalls ausserstande wären, ihre Rechte in einem Widerspruchsverfahren geltend zu machen.

Verweigert der Pfändungsschuldner die Auskunft, so ist ihm die Strafanzeige nach Art. 323 Ziff. 2 StGB in Aussicht zu stellen (142). Nach Fritzsche (Band I, S. 165) ist damit der rein passive Ungehorsam abschliessend und erschöpfend geordnet; für die Anwendung von StGB 286 (Hinderung einer Amtshandlung) ist hier kein Raum (BGE 81 IV 328). Passives Verhalten des Schuldners kann aber auch zur Bestrafung wegen Pfändungsbetruges gemäss Art. 164 Ziff. 1 StGB führen. "Verheimlicht" im Sinne dieser Norm werden nach BGE 88 IV 26 die "Vermögensstücke nicht erst dadurch, dass sie vor dem Betreibungsbeamten versteckt werden, sondern schon, wenn sie dessen Kenntnis durch Schweigen oder falsche Angaben vorenthalten werden; erforderlich ist nur, dass der Schuldner in der Absicht handelt, seine Gläubiger zu schädigen". Blosses Schweigen gilt freilich nur dann als Vermögensverminderung zum Schein, wenn ein geringerer als der wirkliche Vermögensstand vorgetäuscht wird. "Wer sich nur

(141) Kuhn, S. 22 mit Hinweisen.

(142) Ein im Ausland wohnhafter Schuldner, der dem Auskunftsbeglehen keine Folge leistet, kann strafrechtlich nicht belangt werden; BGE 58 III 154.

weigert, Auskunft über seinen Vermögensstand zu geben, macht sich lediglich des Ungehorsams nach Art. 323 StGB schuldig" (BGE 102 IV 172). Die beiden Straftatbestände unterscheiden sich in den geschützten Rechtsgütern und damit in den Verletzungsabsichten. Schutzobjekt von Art. 164 StGB sind die Gläubigerrechte; demgegenüber will Art. 323 StGB eine ordnungsgemäße Durchführung der Zwangsvollstreckung sicherstellen. Daraus erklären sich auch die unterschiedlichen Höhen der angedrohten Strafen. Der Pfändungsbetrug setzt im weiteren als besondere Strafbarkeitsbedingung die Ausstellung eines Verlustscheines voraus. Der Ungehorsamstatbestand steht in einem subsidiären Verhältnis zu den in Art. 163 bis 170 StGB geregelten Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen (143). Die wissentliche und willentliche Verheimlichung von Vermögenswerten durch den Schuldner berechtigt einen Gläubiger auch, gestützt auf Art. 190 Ziff. 1 SchKG beim Gericht die sofortige Konkurseröffnung zu verlangen (144). Insoweit wirken die Androhung von Strafe und Konkurseröffnung als indirekte Zwangsmittel, welche den Pfändungsschuldner dazu anhalten sollen, seiner Auskunftspflicht Genüge zu tun.

Die Verpflichtung des Schuldners, seine Vermögenswerte anzugeben, lässt sich - anders als die Präsenzplicht - nicht unmittelbar durch physischen Zwang erwirken (145).

3. Die Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen

Der Schuldner muss den Pfändungsbeamten auch in den Stand setzen, selbst nach pfändbaren Gegenständen zu suchen. Gerade, wenn der Beamte keine oder nur unzureichende Auskunft erhält und auch sonst nicht genügend pfändbare Gegen-

(143) Terrmann, S. 474.

(144) Näheres hierzu bei Kuhn, S. 83 ff. und dortige Hinweise.

(145) BGE 69 III 75; 87 III 96; BLSchK 18 (1954), S. 133; 26 (1952), S. 10.

stände vorfindet, hat er von dieser in Art. 91 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen (146). Dabei kann er, sowohl, um sich gewaltsam Zugang zu verschaffen, als auch zu seinem eigenen Schutz, wenn ihm der Schuldner Widerstand entgegensetzt, die polizeiliche Mitwirkung anfordern (147). Der Beamte selbst darf keine Gewalt anwenden, die Polizei ihrerseits handelt als Hilfsorgan des Betreibungsamtes und hat die Rechtmässigkeit der Massnahme nicht nachzuprüfen (148). Sie hält sich bei ihrem Vorgehen an das Prinzip der Verhältnismässigkeit und wird eine übermässige, unangemessene Einwirkung auf den Schuldner zu vermeiden suchen.

Das Bundesgericht hat in einem Fall, wo der betriebene Schuldner die Auskunft über seine Lohnverhältnisse verweigerte, die zwangsweise Nachforschung nach Geschäftspapieren, Belegen usw. als nicht statthaft erklärt, da sich die Haussuchung - dem Sinn von Art. 91 Abs. 2 SchKG entsprechend - nur auf pfändbare Sachen beschränke (BGE 69 III 77 f.). Zu Recht wurde diese Auffassung kritisiert (149), denn zum einen lässt sich diese enge Gesetzesauslegung durch die ratio legis nicht begründen und zum andern verdient ein renitenter Lohnpfändungsschuldner "nicht die Nachsicht, dass man eine Nachsuche nach Belegen bezüglich seines Einkommens mit Rücksicht auf seine Geheimsphäre unterlassen soll! Es ist dem Gläubiger nicht mit einer gelegentlich stattfindenden Strafuntersuchung, einer allfälligen Bestrafung des Schuldners und der Ausstellung eines Verlustscheines gedient" (150).

-
- (146) Kuhn, S. 91, zählt auch Kleider und Taschen des Schuldners zu den "Behältnissen", in die der Beamte Einblick nehmen darf; gegebenenfalls ist eine polizeiliche Körpervisitation vorzunehmen.
- (147) SchKG 91 II; Komm. Jaeger, N 14 zu Art. 91 SchKG.
- (148) BGE 22, 997; 87 III 96; Komm. Jaeger, N 14 zu Art. 91 SchKG.
- (149) Jaeger/Daeniker, N 11 zu Art. 91 SchKG; Kuhn, S. 93; in BGE 42 III 268 hatte das Bundesgericht noch Zwangsmittel auch zur Nachforschung nach Geschäftsbüchern als zulässig bezeichnet.
- (150) Kuhn, S. 93.

Neben der direkten Zwangsanwendung ist zur Durchsetzung der Oeffnungspflicht kein besonderer Ungehorsamstatbestand vorgesehen, was indessen eine Bestrafung des widersetzlichen Schuldners auf Grund der Blankettnorm von StGB 292 nicht ausschliesst. "Diese subsidiäre Bestimmung greift gerade dort ein, wo ein besonderer Ungehorsamstatbestand fehlt, und kann insbesondere auch im Gebiete des Betreibungs- und Konkursverfahrens Anwendung finden" (151).

4. Vorlegungspflicht

Damit Vermögensgegenstände als gepfändet erklärt werden dürfen, muss sich der Pfändungsbeamte - wie auf S. 67 ff. ausgeführt - von deren Vorhandensein vergewissert haben. Die Pfändungserklärung selbst hat sich, um wirksam zu sein (oben, S. 72 ff.), auf konkret ausgeschiedene Sachen zu beziehen, und schliesslich kann deren Schätzung nicht ohne Augenschein vorgenommen werden. Daraus erhellt, dass eine Auskunftspflicht des Betriebenen allein nicht genügt; vielmehr trifft ihn bezüglich körperlicher Vermögensgegenstände auch eine Vorlegungspflicht. Eine solche Pflicht ist im Pfändungsrecht zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, doch ergibt sie sich zwangsläufig aus dem Sinn und Zweck dieses Rechtsinstitutes. Dabei kann man die Auskunfts- bzw. die Oeffnungspflicht etwas extensiver auslegen und auch die Vorzeigepflicht als darin eingeschlossen betrachten, oder aber man schliesst aus der ungleich härteren Eingriffsmassnahme der Hausdurchsuchung - a maiore ad minus - auf die weniger einschneidende Vorlegungspflicht des Pfändungsschuldners.

Die Vorzeigepflicht kann, ähnlich wie die Auskunftspflicht, nicht direkt erzwungen werden, wenn der Schuldner die Existenz bestimmter Güter nicht bestreitet, sie jedoch dem Beamten nicht vorweisen will. Gewissermassen als Ersatz-

(151) BGE 83 III 7 und dort zitierte, ältere Entscheide; a.M.: Kuhn, S. 106; s. auch unten, S. 220 ff..

vorkehrung drängt sich hier ebenfalls die Hausdurchsuchung bzw. ein gewaltsames Behändigen der in Frage kommenden Gegenstände auf. Daneben ist auch eine Bestrafung nach StGB 292 zulässig.

5. Herausgabepflicht

Wird der Schuldner aufgefordert, dem Pfändungsbeamten zwecks Verifikation, Spezifikation oder Schätzung seine Vermögensstücke vorzuweisen, so muss er diese nicht auch gleich dem Beamten aushändigen. Von der Ausnahme abgesehen, dass die Schätzung durch einen Sachverständigen die Uebergabe des Pfändungsobjektes erfordert, ist der Schuldner lediglich bei einer amtlichen Verwahrung zur Herausgabe an das Betreibungsamt verpflichtet. Sonst aber bleibt er im Besitz der gepfändeten Güter, wenngleich ihm jede nicht bewilligte Verfügung darüber untersagt ist. Kommt es zur Verwertung, so muss der Schuldner auch die in seinem Gewahrsam verbliebenen Sachen dem Amt zur Verfügung stellen, da die Zwangsversteigerung ein "Zug um Zug-Geschäft" (152) darstellt.

Zur Durchsetzung der Herausgabepflicht muss das Betreibungsamt vernünftigerweise über die gleichen Mittel verfügen können wie bei der Pfändungsvornahme nach Art. 91 Abs. 2 SchKG (153). Es kann also die Oeffnung von Räumlichkeiten und Behältnissen verlangen und hierzu nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch nehmen. Gleichfalls darf einem aktiven oder passiven Widerstand leistenden Schuldner eine Bestrafung nach StGB 292 in Aussicht gestellt werden.

6. Pflichten des Lohnpfändungsschuldners

Von der Pflicht des Schuldners, über seine Einkommensverhältnisse Aufschluss zu erteilen, war bereits die Re-

(152) Vgl. SchKG 126 I und 129 sowie OR 229 ff.; s. auch BGE 61 III 152; dabei handelt es sich - richtig besehen - um kein Rechtsgeschäft des Privatrechts, sondern um eine amtliche Verfügung, die allerdings Privatrechte verschafft: Guhl, S. 321.

(153) B1SchK 23 (1959), S. 149.

de. Die Pfändung künftigen Lohnes steht angesichts der Möglichkeit, dass innerhalb der Jahresfrist, während der die Lohnpfändung längstens besteht, Aenderungen eintreten können, zum vorneherein unter dem Vorbehalt einer Revision (154). Eine Lohnpfändung kann mit vorläufiger Bemessung des gepfändeten Betrages vollzogen werden, auch wenn der Schuldner zur Zeit keinen Verdienst hat; die Revision erfolgt auf Antrag des Gläubigers oder Schuldners oder von Amtes wegen (BGE 78 III 126). Für den Lohnpfändungsschuldner liegt natürlich die Versuchung nahe, eine Einkommensverbesserung dem Betreibungsamt gegenüber zu verschweigen, auf dass die Pfändungsquote nicht erhöht werde. Daher wird dem Schuldner beim Pfändungsvollzug die Weisung erteilt, dem Amt jeden Wechsel der Arbeitsstelle und jede Aenderung der Verdienstverhältnisse unverzüglich anzuzeigen (155). Das Bundesgericht hat in BGE 83 III 1 ff. (156) die Zulässigkeit dieser Aufforderung mit der Begründung bejaht, dass sie "aus dem Wesen der Lohnpfändung und den hieraus sich ergebenden Grundsätzen für die Durchführung dieser Massnahme" hervorgehe.

Als Straffolge für den Fall der Nichtbefolgung dieser Weisung kommt - wie in BGE 83 III 6 f. einlässlich dargelegt - einzig StGB 292 in Frage. Das Betreibungsamt verbindet daher die Weisung mit der Androhung der Ungehorsamsstrafe (157).

IV. Stellung von Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner

Wir haben oben (S. 90) dem Pfändungsbeamten auf Grund seiner gesetzlichen Funktionen die Befugnisse zuerkannt, Dritt-

(154) BGE 50 III 124; 77 III 69; 78 III 129 E. 2; 83 III 4.

(155) Ausdrücklich vorgeschrieben ist diese Weisung im Kanton Zürich: Art. 147 Abs. 1 Zürcher Anweisung.

(156) So schon in BGE 78 III 129.

(157) StGB 169 (Verstrickungsbruch) greift dagegen ein, wenn der Schuldner eigenmächtig zum Nachteil der Gläubiger über den gepfändeten Lohnbetrag verfügt hat; BGE 82 IV 187 ff..

gewahrsamsinhaber und Drittschuldner nach Vermögenswerten des Schuldners zu befragen sowie sich drittverwahrte Objekte vorlegen bzw. herausgeben zu lassen. Diese Kompetenzen sind im SchKG zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ergeben sich aber zwangsläufig aus dem gesetzlichen Auftrag an das Betreibungsamt, auch Guthaben des Schuldners gegenüber Drittpersonen und drittverwahrte Gegenstände des Betriebenen zu pfänden (SchKG 91 I und 109). Inwieweit die betreibungsamtlichen Befugnisse durch entsprechende Mitwirkungspflichten der angesprochenen Drittpersonen unterstützt werden, soll nachstehend aufgezeigt werden.

1. Mitwirkungspflichten zwecks Pfändungsvollzuges

Noch im Jahre 1922 hatte das zürcherische Obergericht kategorisch erklärt (158): "Art. 91 und 275 SchKG verpflichten nur den Schuldner, bei Pfändung und Arrest seine Vermögensgegenstände anzugeben; Dritte trifft keine Pflicht zu Mitteilungen oder irgendeiner andern Tätigkeit, um die Pfändung oder Arrestnahme wirksam zu machen". Jaeger (159) indes vertrat schon damals die Auffassung, dass nicht bloss der Betriebene, sondern ebenso der Dritte zur Auskunft darüber verpflichtet sei, ob und welche Objekte des Schuldners er im Gewahrsam habe, und dass er, sofern er den Gewahrsam an solchen nicht in Abrede stelle, diese Sachen dem Betreibungsamt auf Verlangen vorzuweisen habe. Lehre und Recht-

(158) Auszüge aus den Entscheidungen des Obergerichtes und seiner Abteilungen 1922, 43 Nr. 237; vgl. auch BGE 28 I 407.

(159) Komm. Jaeger, N 5a zu Art. 91 SchKG.

sprechung (160) schlossen sich in der Folge mehrheitlich dieser Auffassung an.

a) Abwägen der Gründe für und wider die Mitwirkungspflichtigen Dritter

Gegen die Auskunftspflicht von Drittpersonen wird etwa vorgebracht (161), dass der Pfändungsschuldner selbst bei Straffolge verpflichtet sei, dem Betreibungsamt die für den Pfändungsvollzug erforderlichen Angaben zu machen. Auch könne der Schuldner - nötigenfalls unter Androhung der Ungehorsamsstrafe - dazu gebracht werden, den Drittverwahrer zum Vorlegen der Gegenstände zu veranlassen, ohne direkt den Dritten verpflichten zu müssen. Entstehe dem Betreibungsbeamten ein begründeter Verdacht, dass der Schuldner der Pfändung unterliegende Sachen der Zwangsvollstreckung entzogen habe, könne der Dritte immer noch im Rahmen einer Strafuntersuchung zu einer Zeugenaussage verhalten werden. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es nicht allemal gelingt, den Pfändungsschuldner in benötigtem Masse zur Mitarbeit heranzuziehen, sei es, dass er sich durch Strafandrohungen nicht einschüchtern lässt, sei es, dass er sich mittlerweile abgesetzt hat oder gestorben ist und die Hausgenossen bzw. die Erben dem Pfändungsbeamten nicht dienen können. Auch lässt sich der Umweg über die Zeugenaussage in der Strafuntersuchung nicht rechtfertigen, denn, abgesehen davon, dass nur die wenigsten Pfändungsbetrüge je aufgedeckt werden, erfordern die Bedürfnisse in Handel und Verkehr ein rasches und

(160) Capitaine (1933), S. 57; Haab in ZBJV 69 (1933), S. 558; Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 106, 117 ff.; Huber, S. 118 f.; Lotz, S. 79 ff., 90; Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 101 f.; Hegetschweiler in SJZ 45 (1949), S. 39; Perrin, daselbst, S. 148 f.; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 338; Kuhn, S. 71, 75 f.; Meyer, S. 37 ff.; Joos, S. 127; Fritzsche Band I, S. 171 f.; Favre, S. 174; Schwager, S. 103 f.; Aubert/Kernen/Schönle, S. 113 ff.;
a.M.: Capitaine (1936), S. 69 ff.; Delachaux, S. 36 f.; Jann, S. 78.

BGE 51 III 39 f.; 66 III 32 f.; 79 III 113.

(161) Capitaine (1936), S. 70; Lotz, S. 96; Meyer S. 35.

sicheres Zwangsvollstreckungsverfahren. Es soll nicht im Belieben des Dritten stehen, durch seine Mitwirkungsverweigerung das Betreibungsamt auf ein nachfolgendes Strafverfahren zu verweisen; damit würde die Befriedigung des Gläubigers in unbilliger Weise verzögert, ja vielleicht sogar verunmöglichlicht.

In der Doktrin wurde verschiedentlich die Ansicht vertreten (162), dass in Fällen, wo eine Pfändung der in Dritthand befindlichen Sache als solche wegen des renitenten Verhaltens jenes Dritten nicht möglich sei, gestützt auf SchKG 99 der Herausgabeanspruch des Schuldners zu pfänden sei. Damit könne auf die Verifikation des Pfändungsgegenstandes verzichtet werden, ja es lasse sich auf diese Weise sogar im Ausland liegendes Vermögen des Schuldners mit Beschlagnahme belegen, da Forderungen als am Wohnsitz des Gläubigers, also des Pfändungsschuldners gelegen gelten und der Anspruch auf Herausgabe demnach ein geeignetes, in der Schweiz erfassbares Aktivum darstelle. Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit bis vor kurzem abgelehnt (163); erst in BGE 102 III 94 ff. hiess es die Arrestierung (bzw. Pfändung) des Anspruches gegen eine inländische Bank auf Herausgabe von im Ausland auf deren Namen verwahrten Wertpapieren gut. Hieraus schliessen zu wollen, dass folglich auf eine Mitwirkung Dritter bei der Pfändungsvornahme verzichtet werden könne, wäre indes verfehlt. Zumeist befinden sich nämlich die fraglichen Gegenstände in der Schweiz und gehören bereits dem Pfändungsschuldner, und eben diese Fälle hat das Bundesgericht in seinem Entscheid ausgeklammert. Vor allem aber setzt die Pfändung des Herausgabeanspruches die Kenntnis von dessen materiellen Inhalt voraus, was nicht ohne Auskunfterteilung -

(162) Haab in ZBJV 62 (1926), S. 484; 69 (1933), S. 565 f., 71 (1935), S. 743 ff., in ZSR N.F. 51 (1932), S. 357a f.; Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 128 f.; Jann, S. 81; Lotz, S. 169 ff..

(163) BGE 44 III 19 f.; 60 III 232 E. 4; 90 II 163; "Le séquestre et la saisie ne peuvent viser le droit à la restitution, mais uniquement la chose elle-même".

auch seitens des Drittgewahrsamsinhabers - möglich ist. Dem Verzicht auf die Verifikation könnte also in keinem Fall der Verzicht auf die Spezifikation des Pfändungsobjektes nachfolgen.

Für die Statuierung einer Auskunft- und Vorzeigepflicht Dritter sprechen anderseits verschiedene Erwägungen. Zum einen handelt es sich bei der Pfändung um eine Massnahme des Vollstreckungsrechtes, welche als notwendige Vorstufe der Verwertung dazu dient, "dem Gläubiger einer gerichtlich festgestellten oder vom Schuldner anerkannten Forderung Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu verschaffen" (164). Sowie die Forderung solchermassen ausgewiesen ist, entfällt der bisherige Schutz des Schuldners vor einem autoritären Eingriff in sein Vermögen. Die Pfändungserklärung bezweckt nachgerade, dass der Schuldner zum gepfändeten Teil seines Vermögens ausser Beziehung gesetzt wird; die Verfügungsbefugnis wird an seiner Stelle durch das Betreibungsamt zugunsten des Gläubigers ausgeübt. Sodann ist zwangsläufig kein Raum für einen Eigentumsschutz und es fehlt jedwedes legitime Interesse des Pfändungsschuldners an einer Geheimhaltung seines Vermögens (165). Ein Interesse des Dritten - etwa gute Geschäftsbeziehungen zum Schuldner - muss zurückstehen angesichts der Tatsache, dass die Pfändung und der damit verfolgte Zweck ohne seine Mitwirkung illusorisch gemacht werden könnte. Andernfalls wäre es ein leichtes, jede Pfändung durch Verschiebung von Vermögenswerten des Schuldners und durch Vorschützen irgendwelcher Drittinteressen zu

(164) Hegetschweiler in SJZ 45 (1949), S. 39; so schon Huber, S. 117. Der Arrest als Sicherungsmassnahme setzt dagegen lediglich eine glaubhaft gemachte Forderung voraus: SchKG 272; mehr hierzu unten S. 125.

(165) Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 338; Meyer, S. 37. Der Schuldner hat ja gegenteils seinerseits dem Betreibungsbeamten beim Auffinden pfändbarer Werte soweit behilflich zu sein, als es zur Befriedigung des Gläubigers notwendig ist: SchKG 91 I.

vereiteln (166), was für den Pfändungsgläubiger auf eine Rechtsverweigerung hinausliefe. Die Verpflichtung des Dritten ist - wie Germann formulierte (167) - "eine notwendige Grundlage des Pfändungsverfahrens und beruht auf einer Rechtsnorm, die unausgesprochen der gesetzlichen Regelung dieses Verfahrens zugrunde liegt".

Eine Bestätigung dieser Ansicht findet sich nicht zuletzt in Art. 6 Abs. 4 PVG, der die Postverwaltung zur Mitwirkung beim Pfändungsvollzug anhält (168). Hat aber der Gesetzgeber diesbezüglich sogar eine Ausnahme vom Postgeheimnis statuiert, so muss umso eher eine Mitwirkungspflicht anderer Personen bejaht werden (169).

Interessant ist im weiteren die Tatsache, dass Art. 164 Ziff. 2 StGB die Bestrafung eines Dritten vorsieht, der eine unter Ziff. 1 aufgeführte Tathandlung begeht, also beispielsweise schuldnerisches Vermögen verheimlicht, sofern dies zum Nachteil der Gläubiger geschah und ein Verlustschein ausgestellt wurde. Diese Bestimmung entbehrte jeder Berechtigung, wenn sie nicht eine entsprechende Offenbarungspflicht im SchKG voraussetzte.

b) Gleichstellung von Drittgewahrsamsinhaber und
Drittschuldner

In BGE 51 III 39 nahm das Bundesgericht auf die in SchKG 232 II Ziff. 4 geregelte Mitwirkungspflicht des Drittgewahrsamsinhabers im Konkursverfahren Bezug und führte aus: "Für den Fall der Pfändung enthält zwar das SchKG keine entsprechende Bestimmung und sieht insbesondere keine Straf-sanktion vor. Allein deswegen kann Drittpersonen, welche Sa-

-
- (166) Blumenstein in BLSchK 5 (1941), S. 101; Aubert/Kernen/Schönle, S. 112.
(167) Germann in ZSR N.F. 53 (1934), S. 106.
(168) Vgl. auch oben, S. 18.
(169) Haab in ZBJV 69 (1933), S. 559; Huber, S. 117; Perrin in SJZ 45 (1949), S. 148.

chen eines gepfändeten Schuldners besitzen doch nicht zugestanden werden, diese der Zwangsvollstreckung vorzuenthalten". Im gleichen Entscheid verneinte jedoch das Bundesgericht eine Auskunftspflicht des Drittschuldners über Guthaben des Pfändungsschuldners. Dies wurde begründet mit dem Hinweis darauf, dass die Pfändung und Verwertung von Guthaben - anders als jene drittverwahrter Sachen - auch ohne jede Mitwirkung des Drittschuldners durchführbar seien und deshalb sich eine Auskunftspflicht erübrige (170). Demnach müsste eine Bank zwar angeben, welche Wertpapiere sie im Gewahrsam hat, ob der Schuldner ein Schrankfach gemietet habe oder nicht, sie hätte aber keinerlei Aufschluss zu geben über das Vorhandensein eines Einlageheftes und die allfällige Höhe der Einlage.

Diese Ansicht stützt sich nach Gerwig (171) zu sehr auf bloss formale Ueberlegungen. Wenn auch an sich ein Guthaben zwangsverwertet werden kann, ohne dass sein Bestand feststeht, ist diese Art der Zwangsvollstreckung doch nicht zweckmässig und unbefriedigend, da die Auskunftsverweigerung des Drittschuldners die Verwertung ausserordentlich erschwert. Scheinen die Angaben des Schuldners bzw. des Gläubigers unzuverlässig (172), so besteht bei einer Versteigerung die Gefahr einer Verschleuderung, wobei keine der Beteiligungsparteien auf ihre Rechnung kommt. Entscheidend aber ist, dass auf Seiten des Drittschuldners gar keine

(170) Diese Unterscheidung wurde von einem kleineren Teil der Lehre übernommen, so von Capitaine (1933), S. 59 f.; Huber, S. 119; Lotz, S. 80.

Das Bundesgericht hat sich meines Wissens seit BGE 51 III 40 f. nie mehr ausdrücklich zur Auskunftspflicht des Drittschuldners im Pfändungsverfahren geäussert. Beim Arrest hingegen bejahte es eine solche Pflicht (BGE 75 III 109; 96 III 110), obgleich sich dieser gemäss SchKG 275 nach den Regeln der Pfändung vollzieht.

(171) Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 107/09; vgl. auch die Kritik bei Delachaux, S. 36 f.; Perrin in SJZ 45 (1949), S. 149; Kuhn, S. 80 f..

(172) Die Pfändung von Forderungen hat ja bereits auf blosser Behauptung hin zu erfolgen: s. oben, S. 71 f. und 74 f..

Interessen einer Auskunftspflicht entgegenstehen, da er ja dem Ersteigerer der Forderung bzw. dem Gläubiger, dem sie zur Eintreibung zugewiesen wurde, auf eine Betreibung hin oder im Prozess ohnehin Auskunft erteilen muss. Er sollte im Gegenteil an einer Auskunftspflicht interessiert sein, weil dann der Pfändungsgläubiger seiner Bestreitung der Forderung eher Glauben schenken und evtl. auf deren Pfändung verzichten könnte, als wenn die Auskunftgabe im Belieben des Drittschuldners stünde (173). Es ist aber auch denkbar, dass der Schuldner sich weigert oder durch äussere Umstände daran gehindert ist, seine angebliche Forderung hinreichend zu spezifizieren, und dass sie erst gar nicht gepfändet werden kann. Hier gilt, was oben beim Drittgewahrsamsinhaber gesagt wurde, dass nämlich der Dritte durch sein Verhalten die Pfändung nicht vereiteln darf.

Sodann ist nicht einzusehen, weshalb Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner bezüglich ihrer Mitwirkungspflichten bei der Pfändungsvornahme nicht gleichzustellen wären. Davon geht offenbar auch PVG 6 IV aus, wenn es die Organe der Postverwaltung nicht bloss zur Auskunftgabe über Stücksendungen, sondern auch über den Stand eines Postcheckkontos des Schuldners anhält. Man wollte die Postverwaltung gewiss nicht schlechter stellen als andere Drittpersonen.

c) Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten

Nachdem im Vorstehenden die Berechtigung der verfahrensrechtlichen Verpflichtungen dritter Personen dargelegt wurde, ist nun ein Blick auf deren Ausgestaltung zu werfen.

Auszugehen ist von den einzelnen Funktionen des Betreibungsbeamten, zu deren Ausübung er auf die Mitarbeit Dritter angewiesen ist, dabei ist zu berücksichtigen, dass

(173) Eine wahrheitswidrige Auskunft könnte den Drittschuldner schadenersatzpflichtig machen.

der Beamte in der Wahl seiner Mittel durch das Verhältnismässigkeitsprinzip (174) eingeschränkt wird. Nicht bloss, dass das in Frage kommende Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich und auch geeignet sein muss, es darf insbesondere kein Missverhältnis zwischen der Bedeutung des damit verfolgten Zweckes und dem damit verbundenen Opfer des Einzelnen bewirken. Dieses Prinzip verlangt vom Pfändungsbeamten gerade in seinem Vorgehen gegenüber mitwirkungspflichtigen Drittpersonen eine gewisse Zurückhaltung. Deren freiheitliche Sphäre verdient mehr Schutz als jene der Betreibungsparteien. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gelangt übrigens in SchKG 91 I unmittelbar zum Ausdruck, indem die Auskunftspflicht des Schuldners nur so weit reicht, als es für die Vornahme einer genügenden Pfändung geboten erscheint (s. oben, S. 94 f.).

aa) Auskunfts- und Vorlegungspflicht

Erste Aufgabe des Betreibungsamtes ist es, pfändbare Vermögenswerte des Schuldners ausfindig zu machen (oben, S. 67 ff.). Dabei kann es vom Schuldner und/oder Gläubiger erfahren bzw. sonstwie Anhaltspunkte dafür besitzen, dass der Betriebene Gegenstände im Drittgewahrsam liegen oder Forderungen bzw. sonstige Rechte gegenüber Drittpersonen hat. Der Pfändungsbeamte muss diesen Spuren nachgehen und er ist befugt, ja sogar verpflichtet, jene Drittpersonen nach den besagten Vermögenswerten des Schuldners zu befragen (oben, S. 89 f.). Diese sind ihrerseits verpflichtet, die gestellten Fragen wahrheitsgetreu zu beantworten, wird ihnen doch dadurch keine unzumutbare Offenbarung ihrer Privatsphäre auferlegt (175).

(174) Vgl. hierzu Grisel, S. 183 ff. und Schwarzenbach, S. 88 ff. und dortige Hinweise auf die Judikatur.

(175) Vgl. zur Stellung der Banken unter den Drittpersonen; unten S. 117 ff.; zur Frage der gesetzlichen Grundlage dieser öffentlichrechtlichen Pflicht: unten, § 9.

Blumenstein (176) will eine Auskunftspflicht nur bejahen, wenn "eine begründete Vermutung dafür besteht, dass ein Dritter Sachen in Gewahrsam hat, die dem Schuldner gehören, oder dass ein Dritter Schuldner dieses letztern ist". M.E. ist diese Einschränkung unbegründet, zumal ein zu Unrecht als Drittgewahrsamsinhaber oder Drittschuldner Bezeichneter durch die Beantwortung der Frage nach seiner angeblichen Beziehung zum Betriebenen in seinen Privatrechten nicht berührt wird. Er muss im Gegenteil ein Interesse an der Klarstellung der Situation haben, da er sonst riskiert, für einen allfälligen, infolge seiner Auskunftsverweigerung dem Pfändungsgläubiger entstandenen Verlust (177) haftbar gemacht werden kann.

Der Dritte, der keine Sachen des Betriebenen verwahrt halten will und bei dem das Gegenteil als nicht nachgewiesen gilt (178), genügt mit der Bestreitung des Gewahrsams seiner Auskunftspflicht. Hatte er zu einem früheren Zeitpunkt solche Gegenstände in Verwahrung, so muss er indes auch die Fragen des Beamten nach deren Verbleib beantworten, um damit die Pfändung bei einer anderen Drittperson zu ermöglichen. Dagegen führte es zu weit, von ihm Beweise für seine Bestreitung zu verlangen. Hier muss die in StGB 164 Ziff. 2 enthaltene Strafandrohung für Verheimlichung von schuldnerischem Vermögen genügen.

Weiter reicht die Auskunftspflicht, wenn nicht der Gewahrsam, sondern das Eigentum des Betriebenen be-

(176) Blumenstein in BLSchK 5 (1941), S. 102.

(177) Die Auskunftsverweigerung hindert nicht unbedingt die Pfändung einer Forderung (oben, S. 71 f.). Uebernimmt nun der Pfändungsgläubiger bei der Verwertung eine solche Forderung im Vertrauen auf deren Bestand und stellt sich ihre ursprüngliche Nichtexistenz erst später heraus, so trifft den Dritten ein Verschulden am Verlust, der dem Gläubiger durch die Nichteinbeziehung anderer pfändbarer Werte des Schuldners erwachsen ist.

(178) Der Nachweis kann z.B. auf Grund von Belegen als erbracht gelten; der diesbezügliche Entscheid fällt ins Ermessen des Betreibungsamtes und ist durch Beschwerde anfechtbar.

stritten wird. In solchen Fällen hat der Beamte die fraglichen Gegenstände gleichwohl - unter Vorbehalt des Widerspruchsverfahrens - zu pfänden (179). Dasselbe trifft zu, wenn der Drittschuldner nicht den Betriebenen, wohl aber einen andern Dritten als seinen Gläubiger bezeichnet (180). Die Pfändung muss selbst dann vollzogen werden, wenn der vermeintliche Drittschuldner den Bestand der Forderung ihm gegenüber ganz oder teilweise in Abrede stellt (181). Wann immer die Pfändungsvornahme anzuordnen ist, umfasst die Offenbarungspflicht all jene Angaben, die zur Spezifikation der Pfändungserklärung erforderlich sind (s. oben S. 72 ff.). Darüber hinaus ist auf Begehren des Beamten hin Aufschluss zu erteilen über die Art der Verwendung und das Schicksal nicht mehr vorhandener Vermögensteile, auf dass die Pfändung evtl. anderswo vollzogen werden kann. Stets erstreckt sich die Auskunftspflicht nur auf vermögenswerte Fakten; höchstpersönliche Geheimnisse fallen nicht darunter. Spricht der Dritte dem Pfändungsschuldner die Eigentümer- bzw. Gläubigerstellung ab, so hat er den nach seinem Dafürhalten Berechtigten namentlich zu nennen, damit das Betreibungsamt ein Widerspruchsverfahren einleiten kann (182).

Zur Auskunftspflicht tritt beim Drittgewährsamshaber die weitere Pflicht hinzu, dem Betreibungsbeamten die für die Pfändung in Frage kommenden Gegenstände zum Zwecke der Verifikation und Schätzung vorzuzeigen.

Wie beim Vorgehen gegen den Betriebenen selbst reichen auch hier die Offenbarungs- und Vorlegungspflicht nur soweit, als sie für einen genügenden Pfändungsvollzug nötig erscheinen. Wann dies der Fall ist, bestimmt allein der Vollzugsbeamte, der auch die Auswahl unter mehreren mögli-

(179) Vgl. oben, S. 68.

(180) Vgl. oben, S. 72.

(181) Vgl. oben, S. 71 f..

(182) BGE 63 III 67 E. 4.

chen Pfändungsobjekten trifft (183).

Bestimmte Verfahrenspflichten Dritter sind in den amtlichen Betreibungsformularen konkretisiert worden. Es sei bloss an die in Form. Nr. 9, 10 und 17 enthaltenen Auskunftsbzw. Meldepflichten von Drittschuldner, Arbeitgeber des Betriebenen oder der mit diesem an einem Gemeinschaftsvermögen Berechtigten erinnert (s. oben, S. 24). All diese Pflichten dienen der Pfändungsvornahme (s. oben, S. 87) und halten sich durchaus im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzipes, so dass gegen ihren für Drittpersonen verbindlichen Charakter nichts einzuwenden ist.

bb) Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu
öffnen

Anders als der Betriebene ist der Dritte in der Regel nicht verpflichtet, durch Oeffnen seiner Räumlichkeiten und Behältnisse den Vollzugsbeamten in den Stand zu setzen, selbst nach pfändbaren Gegenständen des Schuldners zu suchen (184). Eine Hausdurchsuchung, worauf diese Pflicht letztlich hinausläuft, stellt nämlich einen ernst zu nehmenden Eingriff in die Privatsphäre des Dritten dar; sie ist von vorneherein zum Scheitern verurteilt, wenn der Beamte keine oder nur ungenaue Angaben über die gesuchten Objekte besitzt. Auf eine wirksame Unterstützung durch den Dritten kann der Beamte ohnehin nicht zählen, da dieser sonst zugäbe, seiner Auskunftspflicht nicht genügt zu haben. Bedenkt man im weiteren, dass Gläubiger oder Schuldner den Drittgewahrsam bloss zu behaupten brauchen, damit das Betreibungsamt dieser Spur nachzugehen hat, so wird klar, dass eine generelle Oeffnungspflicht gegen das Prinzip der

(183) Da der Beamte in der Reihenfolge der Pfändung der Vermögensobjekte nicht frei ist (SchKG 95), ist es zuweilen unumgänglich, dass der Dritte das ganze schuldnerische Vermögen offenbart.

(184) Die Oeffnungspflicht umfasst auch die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher des Dritten.

Verhältnismässigkeit verstiesse.

Unter gewissen Voraussetzungen erscheint jedoch auch eine Hausdurchsuchung bei Drittpersonen zum Zwecke der Pfändungsvornahme als vertretbar (185). Zu denken ist an den Fall, wo der Vollzugsbeamte genau bezeichnete Gegenstände des Betriebenen sucht, die zu besitzen, der Dritte zwar nicht direkt bestreitet, aber auch nicht bejaht (186). Anstatt hier den Dritten mit einer Strafandrohung zu einer klaren Stellungnahme bzw. zu deren Vorlegung zu zwingen, ist es zweckmässiger und rascher, wenn sich der Beamte an Ort und Stelle nach den gesuchten Objekten umsehen kann. Die Oeffnungspflicht des Dritten soll ihm bei seiner Suche entgegenkommen. Bedenken wegen der Privatsphäre der Drittperson stellen sich keine, denn diese hat den Eingriff ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Damit tritt dort, wo Auskunft- und Vorzeigepflicht nicht den gewünschten Erfolg zeitigen, die Oeffnungspflicht des Dritten zu den genannten Verfahrenspflichten hinzu.

Aehnliches muss gelten, wenn das Betreibungsamt gute Gründe zur Annahme hat, dass sich ein bestimmtes Pfändungsobjekt bei einer Drittperson befindet, obgleich diese jeden Gewahrsam bestreitet (187). Anders zu entscheiden bedeutete, dass durch blosser Gewahrsamsbestreitung jeder Pfändungsvollzug bei einem Dritten zum Scheitern gebracht werden könnte (188). Dies würde Hand bieten zu unredlichen Abmachungen zwischen Betriebenen und Drittpersonen.

-
- (185) Ob dabei unter Gewaltanwendung (Polizei) vorgegangen werden darf, wird noch zu prüfen sein; vgl. unten, S. 211 ff..
- (186) Hierher gehört auch der Fall, wo der Dritte den Gewahrsam an der gesuchten Sache zwar zugibt, sich aber weigert, diese dem Beamten vorzuweisen.
- (187) Solche Gründe sind nicht leichtfertig anzunehmen. Das Betreibungsamt muss den Gewahrsam des Dritten als nachgewiesen erachten. Damit würde die Hausdurchsuchung auch nicht bei einem beliebigen Dritten durchgeführt, was in BGE 42 III 268 zu Bedenken Anlass bot.
- (188) Der Dritte müsste auch nicht mit einer Strafsanktion wegen Verheimlichung von Pfändungsobjekten (StGB 164 Ziff. 2) rechnen, solange er nicht des Gewahrsams überführt ist.

Dass in den genannten Fällen eine Hausdurchsuchung bei einem Dritten nur zur Vornahme einer definitiven Pfändung zulässig sein soll (BGE 66 III 32), lässt sich nicht aufrechterhalten. Anders als wie im Arrestverfahren hatte der Betriebene auch bei einer provisorischen Pfändung Gelegenheit, vorgängig im Rechtsöffnungsverfahren die in Betreibung gesetzte Forderung zu entkräften. Die Rechtsöffnung wurde auf Grund einer Schuldanerkennung (SchKG 82 I) und nach summarischer Prüfung des Schuldtitels durch den Richter erteilt. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Dritter für eine später - nach Gutheissung der Aberkennungsklage - als unbegründet sich erweisende Betreibung behelligt wurde, darf nicht überbewertet werden. Sie allein vermöchte jedenfalls nicht einen Verzicht auf die Oeffnungspflicht zu rechtfertigen; dies nicht, wenn der Dritte, wie in den beiden genannten Fällen, Anlass zur Vermutung gibt, dass er es auf ein Scheitern der Pfändung abgesehen hat. In BGE 102 III 6 ff. hat das Bundesgericht sodann sogar die zwangsweise Oeffnung eines vom Schuldner bei einer Bank gemieteten Tresorfaches zugelassen, und dies zur Vornahme einer provisorischen Pfändung.

Auch sollte eine Drittperson aus Zweckmässigkeitsgründen dem Pfändungsbeamten Einblick gewähren in Lagerräume oder Schrankfächer, die sie dem Schuldner zur Verfügung gestellt hat. Auf diese Weise erspart sie sich die Mühe, dem Beamten jeden Gegenstand einzeln vorzuweisen. Genügt der Dritte seiner Auskunfts- und Vorzeigepflicht nicht, wird ihn der Betreibungsbeamte zum Oeffnen der Räumlichkeiten bzw. Behältnisse verhalten. Benützen neben dem Betriebenen weitere Personen denselben Lagerraum oder das gleiche Schrankfach, so muss sie der Dritte dem Betreibungsamt namentlich nennen. Es obliegt dann dem Amt, diese anderen Berechtigten zur Pfändungsvornahme vorzuladen, um eine klare Ausscheidung des schuldnerischen Vermögens zu gewährleisten.

2. Mitwirkungspflichten im Anschluss an die Pfändung

Die vorstehend unter Ziff. 1 aufgeführten Verfahrenspflichten dienen alle der Pfändungsvornahme und sollen Verifikation, Spezifikation oder Schätzung der Vermögenswerte des Schuldners möglich machen. Mit deren Pfändung kann aber nicht immer auch auf eine weitere Mitwirkung des Dritten verzichtet werden. Ein Drittgewahrsamsinhaber kann sowohl zur Sicherstellung des Pfändungsbeschlages, als auch zur Ermöglichung der Verwertung herangezogen werden.

Pfändungsobjekte können einstweilen in den Händen eines dritten Besitzers gelassen werden, der dann aber verpflichtet ist, dieselben jederzeit dem Betreibungsamt zur Verfügung zu halten (SchKG 98 II).

Ordnet der Pfändungsbeamte eine amtliche Verwahrung der bei einem Dritten gepfändeten Gegenstände an (189), so muss dieser sie dem Amt aushändigen. Er darf sich einer diesbezüglichen Herausgabe-Aufforderung nur widersetzen, wenn er nebst dem Gewahrsam auch das Eigentumsrecht an den verlangten Sachen für sich in Anspruch nimmt (s. oben, S. 83 f.).

Werden die gepfändeten Objekte nicht in amtliche Verwahrung genommen und im Drittgewahrsam belassen, so hat sie der Dritte zur Verwertung dem Betreibungsamt herauszugeben. Mittlerweile können sie freilich auf Grund eines erfolgreich geführten Widerspruchsverfahrens aus der Pfändung gefallen sein.

In beiden Fällen ergibt sich die Berechtigung und Notwendigkeit der Herausgabepflicht aus der Natur der Pfändung. Als Massnahme des Zwangsvollstreckungsrechtes, das zur Befriedigung des Gläubigers führen soll, muss der Pfändungsbeschluss auch Dritten gegenüber gewährleistet sein und die Verwertung ordnungsgemäss durchgeführt werden können. Drittinteressen, die nicht im Beschwerdeverfahren gegen die An-

(189) Ueber die Voraussetzungen zu deren Anordnung: s. oben, S. 81 ff..

ordnung der amtlichen Verwahrung oder im Widerspruchsverfahren geschützt wurden, sind unbeachtlich.

V. Mitwirkungs- und Geheimhaltungspflicht des Bankiers

Auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit wird der Bankier mehr als andere Drittpersonen (190) von den Betreibungsämtern zur Mitarbeit im Pfändungsverfahren aufgefordert. Bei allen bisher angeführten Verfahrenspflichten dritter Personen stellt sich die Frage, ob dem Bankier wegen der mit seinem Beruf verbundenen Schweigepflicht eine Ausnahmestellung einzuräumen sei.

Es ist unbestritten, dass der Bankier, um seiner Aufgabe gerecht werden zu können, gegenüber seiner Kundschaft zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Geheimhaltungspflicht gilt, ob sie nun vertraglich begründet ist oder aus dem allgemeinen Schutz der Privat- und Geheimosphäre fliesst (191), nicht unbeschränkt. Daran hat auch Art. 47 BaG, durch den die bisher rein privatrechtliche Schweigepflicht zu einem öffentlichrechtlichen Gebot erhoben wurde, nichts geändert. Zum einen werden ihr durch das Privatrecht selbst Schranken gesetzt (192), zum andern aber behält Abs. 4 von BaG 47 ausdrücklich eidgenössische und kantonale Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vor.

Als wir uns für die Mitwirkungspflichtigen Dritter im Pfändungsverfahren aussprachen (oben, S.104 ff.), betonten wir, dass dem Pfändungsschuldner jedwedes legitime Interesse an einer Geheimhaltung seines Vermögens fehlt, zumal der Vollstreckungsmassnahme eine ausgewiesene Forderung zugrundeliegt. Wir stellten fest, dass der Pfändungsvollzug und

(190) Eine ähnliche Situation liegt vor, wenn ein nach StGB 321 zur Geheimhaltung verpflichteter Berufsträger zur Mitwirkung im Pfändungsverfahren gegen seinen Patienten/Klienten herangezogen wird.

(191) Vgl. oben, S. 36 ff..

(192) Verbot des Rechtsmissbrauchs (ZGB 2 II): s. oben, S. 46 f..

die damit bezweckte Gläubiger-Befriedigung ohne die Mitarbeit Dritter vereitelt werden könnte. Hiermit haben wir auch eine Abwägung vorgenommen zwischen den Interessen des Schuldners an der Aufrechterhaltung der Verschwiegenheitspflicht des Bankiers und jenen des Staates an einer ordnungsgemässen Durchführung des Pfändungsverfahrens. Die den Banken auferlegte Schweigepflicht "zessiert", wie das Bundesgericht in BGE 51 III 40 bemerkte, "im Falle der Zwangsvollstreckung gegen ihre Klienten insoweit, als der Schuldner selbst zur Auskunft verpflichtet ist" (193). Aber auch die Interessen der Banken und des Staates am Bankgeheimnis (194) müssen zurückstehen angesichts der Bedeutung, die einem wirkungsvollen Pfändungsverfahren beizumessen ist.

Ein gewissen Prozessordnungen entsprechendes Auskunftsverweigerungsrecht des Bankiers ist im SchKG unbekannt; das Bankgeheimnis ist - wie andere Berufsgeheimnisse - betriebsrechtlich nicht geschützt. Auch eine Berufung auf den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31) vermag die Banken - wie Germann nachgewiesen hat (195) - nicht von ihrer Auskunftspflicht zu befreien. Wäre dem nicht so, könnte der Bankier ungestraft (196) dem Schuldner in der Schädigung der Gläubiger behiflich sein.

Lehre und Rechtsprechung (197) bejahen überwiegend die Mitwirkungspflicht des Bankiers im Pfändungsverfahren; die Banken entsprechen denn auch regelmässig der diesbezüglichen Empfehlung der Schweizerischen Bankiervereinigung (198).

(193) Mehr zur Interessenabwägung bei zwei sich widersprechenden Gesetzespflichten: oben, S. 50, insbesondere Anm. 94 und 95 und dortige Hinweise.

(194) Vgl. oben, S. 44 f..

(195) Germann in ZSR N.F. 53 (1934), S. 119 f..

(196) Damit würde StGB 164 Ziff. 2 der Boden entzogen.

(197) Vgl. die oben, S.104, in Am. 160 angegebene Literatur und Judikatur.

(198) N 21 auf S. 8 des Kreisschreibens Nr. 87 D der Schweizerischen Bankiervereinigung an ihre Mitgliedbanken vom 10.6. 1955.

Die Offenbarungspflicht erstreckt sich nicht nur auf die Angabe des Wertes des gesamten von der Bank verwalteten Vermögens des Schuldners, sondern umfasst auch die Bezeichnung der einzelnen Vermögensstücke und deren Wert. In diesem Zusammenhang sei an die oben, S. 69 ff., geübte Kritik an der bestehenden Verifikationspraxis gegenüber Banken erinnert. M.E. sollten die Vorteile der Computertechnik auch dem Pfändungsbeamten bei seiner Arbeit zugute kommen. Mit Hilfe der Kunden-Terminals wäre er nicht bloss imstande, innert kürzester Zeit und zuverlässig den aktuellen Depotstand des Schuldners bei einer Bank zu erfahren, er könnte sich zudem über Bestand und Umfang eines oder mehrerer Geldkonti des Betriebenen vergewissern. Auf diese Weise würden die schutzwürdigen Interessen anderer, von der Vollstreckung nicht berührter Dritter beachtet und insoweit dem Bankgeheimnis Rechnung getragen.

Selbstredend muss die Bank auch solche Vermögenswerte des Betriebenen offenlegen, die mit ihrem Wissen in einem auf einen Drittnamen lautenden Depot liegen; ja sie darf ihre Mitwirkung selbst dann nicht verweigern, wenn sie bezweifelt oder sogar bestreitet, dass der Pfändungsbeschluss schuldnerisches Vermögen trifft. Gleiches gilt, wenn angebliche Guthaben des Schuldners zu pfänden sind, die auf den Namen von Drittpersonen lauten, sofern Gründe vorgebracht werden, welche die Gläubigerrechte des Dritten in Frage stellen (199). Die Behauptung, der Betriebene sei "wirtschaftlich" oder "effektiv" berechtigt, reicht dagegen nicht aus, denn es gibt keinen direkten, pfändbaren Anspruch des derart Berechtigten gegenüber dem Schuldner einer Forderung. Sonst aber ist die Bank zur Mitwirkung am Pfändungsvollzug verpflichtet, da die wahren Eigentümer bzw. Gläubi-

(199) Behauptungen, wie etwa, das Guthaben laute nur zum Schein auf den Namen der Drittperson (BGE 80 III 90 E. 4), der Dritte leite seine Rechte aus einer rechtsungültigen Zession des Guthabens ab (BGE a.a.O), oder er sei nur Stellvertreter des Schuldners; mehr hierzu bei Kleiner in SJZ 61 (1965), S. 37 ff..

ger erst nach erfolgter Pfändung im gerichtlichen Wider-
spruchsverfahren ermittelt werden, welches einzuleiten wie-
derum dem Betreibungsbeamten obliegt. Insoweit werden jene
Drittpersonen ins Vollstreckungsverfahren einbezogen und
fallen nicht mehr unter den Schutz des Bankgeheimnisses.

Ist der Pfändungsschuldner Mieter eines Schrankfaches
bei der angefragten Bank, so ist dies dem Beamten mitzutei-
len. Damit hat die Bank regelmässig (200) ihrer Auskunfts-
pflicht genügt, weil ihr der Inhalt des Schrankfaches nicht
zugänglich ist. Sie muss dem Betreibungsbeamten ihren Schlüs-
sel zum Schrankfach aushändigen und darf sich, falls es die-
sem nicht gelingt, den zweiten zum Öffnen des Safes benötig-
ten Schlüssel herbeizuschaffen, einer Sprengung des Faches
nicht widersetzen (201). Die damit verbundenen Kosten trägt
der Schuldner; der Pfändungsgläubiger ist jedoch vorschuss-
pflichtig (SchKG 68 I).

Die Mitwirkung der Bank kann natürlich nicht von der Zu-
stimmung ihres Kunden abhängen.

VI. Ergebnis

Diesem Paragraphen lagen folgende Fragen zugrunde: Ist die
Mitwirkung Dritter im Pfändungsverfahren unerlässlich, wie
ist diese ausgestaltet und stehen ihr allenfalls schützens-
werte Interessen entgegen? Bei der Prüfung dieser Fragen
sind wir von den Aufgaben des Betreibungsbeamten ausgegangen
und haben erkannt, dass Verifikation und Spezifikation der
Pfändungsobjekte Gültigkeitserfordernisse des Pfändungsvoll-
zuges darstellen und dass die amtliche Verwahrung sowie die
Verwertung von der Herausgabe der gepfändeten Sachen abhän-

-
- (200) Zufällige Kenntnisse über den Inhalt des Schrankfaches und
die diesbezüglichen Eigentumsverhältnisse muss die Bank dem
Betreibungsamt offenbaren.
- (201) Lotz, S. 89, 96; Kuhn, S. 79; a.M.: Jann, S. 89; die Bank
hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die
Sprengung unter allen Umständen zu verhindern.

gen. Soll demnach die Pfändung nicht illusorisch werden, so muss der Vollzugsbeamte auch Drittpersonen nach Vermögenswerten des Schuldners befragen, sich in Drittverwahrung befindliche Gegenstände des Betriebenen vorlegen und herausgeben lassen dürfen. Diese betreibungsamtlichen Kompetenzen werden durch entsprechende Mitwirkungspflichten der angefragten Drittpersonen ergänzt. In bestimmten Ausnahmefällen (S. 114 f.) muss der Dritte den Beamten sogar durch Oeffnen seiner Räumlichkeiten und Behältnisse in den Stand setzen, selbst nach pfändbaren Sachen des Schuldners zu suchen. Die Beschränkung der Auskunftspflicht auf den Drittgewahrsamshaber - wie vom Bundesgericht postuliert - ist nicht gerechtfertigt; Sinn und Zweck der Pfändung erfordern auch die Auskunft des Drittschuldners, zumal es keine Gründe für dessen Besserstellung gibt. Ueberhaupt vermögen keine schützenswerten Interessen einer Bejahung der Mitwirkungspflichten entgegenzustehen; selbst die Interessen des betroffenen Dritten müssen zurückstehen. Das Interesse des Staates an einem wirksamen Pfändungsinstitut und an einer ordnungsgemässen Durchführung des Pfändungsverfahrens überwiegt auch die mit dem Bankgeheimnis geschützten Interessen.

§ 8 Die Tragweite der Verweisungsnorm von SchKG 275 bezüglich der Mitwirkungspflichten Dritter im Arrestverfahren

I. Fragestellung

Für den Arrestvollzug werden in Art. 275 die in den Art. 91 bis 109 SchKG für die Pfändung aufgestellten Regeln als anwendbar erklärt. Freilich ergeben sich aus der Natur des Arrestes gewisse Abweichungen gegenüber der Pfändung und es fragt sich daher, inwieweit die im vorstehenden Paragraphen festgestellten Mitwirkungspflichten Dritter auch im Arrestverfahren gelten. Zu diesem Zweck sind der Arrest und dessen Vollzug etwas näher zu betrachten.

II. Begriff und Wirkungen des Arrestes

1. Begriff

"Der Arrest ist die auf Antrag eines Gläubigers und gestützt auf das Vorhandensein bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen vorgenommene Beschlagnahme von Vermögensgegenständen des Schuldners zum Zwecke der Sicherung einer gegen ihn bereits eingeleiteten oder bevorstehenden Schuldbetreibung" (1). Bezweckt wird demnach die Wahrung und Erhaltung des Vollstreckungssubstrates; der Arrest stellt somit keine Exekutions-, sondern eine Sicherungsmassnahme dar.

Um wirksam zu sein, hat der Arrest den Schuldner überfallartig zu treffen, wobei diesem der ihm eigentlich zukommende Rechtsschutzanspruch im Interesse der Prävention nicht vollumfänglich gewährt werden kann. Insbesondere gilt dies bezüglich der Anforderungen an den die Verfügung veranlassenden Arrestgläubiger. Anstelle des Beweises muss eine bloss summarische Prüfung des zu schützenden Anspruches und eine Glaubhaftmachung der übrigen Tatsachen genügen (SchKG 272). Immerhin hat der Gesetzgeber die Interessen des Schuldners nicht ausser acht gelassen. Ihrem Schutze dienen die Arrestaufhebungsklage (SchKG 279), die Schadenersatzpflicht des Gläubigers, wenn sich der Arrest als ungerechtfertigt erweist (SchKG 273), sowie v.a. die Pflicht des Gläubigers, seine Rechte innert knapper Frist nach der Arrestlegung durch Betreibung oder Klage zu verfolgen (SchKG 278).

2. Wirkungen

Der Arrest dient der Erhaltung der augenblicklichen Vermögenslage des Arrestschuldners und kann somit dem Gläubiger noch keine Befriedigung verschaffen. Seine Rechtsfolgen für den Schuldner sind in SchKG 275 durch den Hinweis auf diejenigende Pfändung geregelt, wobei es aber - wie

(1) Blumenstein Handbuch, S. 827; vgl. auch Fritzsche Band II, S. 200 ff..

noch aufzuzeigen sein wird (2) - nicht angeht, jene Verfahrenspflichten vorbehaltlos zu übernehmen. So kann auch das in SchKG 96 statuierte Verfügungsverbot des Schuldners aufgehoben werden, wenn Sicherheit geleistet wird, dass im Vollstreckungsverfahren anstelle der mit Arrest belegten Objekte andere Vermögensstücke von gleichem Wert vorhanden sein werden (SchKG 277).

Eine erste Wirkung des Arrestes im Hinblick auf die Stellung des Gläubigers besteht in der Schaffung eines besonderen Betreibungsstandes am Orte der mit Arrestbeschluss belegten Sache (SchKG 52). Dieser Betreibungsort gilt zwar lediglich für die Exekution der Arrestforderung, ist aber gerade beim Ausländerarrest von grosser Bedeutung, da dem Gläubiger dadurch ein Vollstreckungsverfahren im Ausland erspart wird. Eine Reihe kantonaler Zivilprozessordnungen sieht überdies den Gerichtsstand des Arrestortes für die Arrestprosequierungsklage vor, die aber regelmässig auch am allgemeinen Gerichtsstand erhoben werden kann (3).

Pfändet ein anderer Gläubiger die Arrestgegenstände, bevor der Arrestgläubiger seinerseits das Pfändungsbegehren stellen konnte, so nimmt letzterer von Rechts wegen provisorisch an der Pfändung teil (SchKG 281 I, (4)). Abs. 2 der nämlichen Bestimmung räumt dem Gläubiger sodann ein Kostenprivileg für die vom Arrest herrührenden Auslagen ein. Beide Vorrechte fallen weg mit der Eröffnung des Konkurses über den Arrestschuldner.

(2) Siehe unten, S. 134 ff., insbesondere S. 146 und 152 ff..

(3) So Zürich, § 9 Abs. 2 ZPO; übrige Kantone siehe Guldener, S. 90, Anm. 40.

(4) Zu den Voraussetzungen dieser besonderen Anschlusspfändung vgl. Blumenstein Handbuch, S. 850 f. und Fritzsche Band II, S. 247 Ziff. 1.

III. Bewilligung des Arrestes

1. Zuständige Behörde

Die Zulässigkeit des Arrestes wird in der Regel von einer richterlichen Behörde, und zwar vom Einzelrichter beurteilt (5). Oertlich zuständig ist die Arrestbewilligungsbehörde am Orte, "wo das Vermögensstück sich befindet" (SchKG 272); massgebend ist der Ort der Lage zur Zeit der Arrestbewilligung (6). Keine Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des Lageortes bei Grundstücken und Fahrhaben, wohl aber bei unkörperlichen Sachen, wie bei Forderungen ohne Wertpapiercharakter. In der Praxis wird bei Forderungen des Arrestschuldners gegenüber Drittpersonen, also z.B. gegenüber einer Bank, zunächst angenommen, sie seien am Wohnsitz des Arrestschuldners, also des Bankkunden, gelegen (7). Wenn aber der Arrestschuldner, wie beim Ausländerarrest, keinen festen Wohnsitz in der Schweiz hat, so ist die Arrestierung am Wohnsitz des Drittschuldners, in casu am Geschäftsdomizil der Bank, zulässig (8). Eine bestimmte Arrestbewilligungsbehörde kann folglich nur Bankwerte erfassen, die durch Geschäftsstellen von Banken verwahrt werden, die sich in ihrem Zuständigkeitsbereich befinden. Die Arrestlegung beim Hauptsitz einer Grossbank auf Guthaben und Forderungen des Arrestschuldners "mit Wirkung in allen Geschäftssitzen, Niederlassungen, Ablagen und Agenturen auf dem Gebiete der ganzen Schweiz" kann als unrechtmässig auf dem Beschwerde- oder Rekursweg angefochten werden (9).

-
- (5) Im Kanton Zürich ist es der Einzelrichter im summarischen Verfahren: § 213 Ziff. 11 ZPO; ausnahmsweise kann auch der Betreibungsbeamte einen Arrestbefehl erlassen, der aber, um gültig zu bleiben, innert 24 Stunden durch den Richter bestätigt werden muss: § 4 Ausführungsgesetz zum SchKG vom 27.5. 1913.
- (6) BGE 36 I 317 ff..
- (7) Fritzsche Band II, S. 214 mit Hinweisen auf die Judikatur.
- (8) BGE 31 I 200; 63 III 44; 75 III 27 E. 3; 76 III 19.
- (9) BGE 80 III 125.

2. Voraussetzungen

Jeder Gläubiger, ob er seinen Wohnsitz im In- oder Ausland hat (10), ist berechtigt, in der Schweiz einen Arrest zu verlangen. Sein diesbezügliches Begehren, das im Kanton Zürich mündlich oder schriftlich gestellt werden kann (§ 205 ZPO), muss die Angaben enthalten, die der Arrestbehörde die Ausstellung des Arrestbefehls nach Form. Nr. 45 ermöglichen (SchKG 274).

Der Gläubiger hat also, abgesehen von seinen Personalien und denen des Schuldners, die Forderung anzugeben, für die Arrest gelegt werden soll. Diese braucht keineswegs durch Gerichtsurteil oder öffentliche Urkunde, ja nicht einmal durch eine vom Schuldner unterschriftlich bekräftigte Schuldanerkennung ausgewiesen zu sein; sie ist lediglich glaubhaft zu machen (SchKG 272). Die Forderung darf allerdings nicht durch ein Pfand gedeckt sein, da sie dann keines Arrestes bedarf, und muss regelmässig (11) fällig sein (SchKG 271).

Im weitem ist einer der in SchKG 271 I unter Ziff. 1 bis 5 abschliessend geregelten Arrestgründe glaubhaft zu machen. Gegen einen Schuldner mit festem Wohnsitz in der Schweiz kann nur Arrest genommen werden, wenn der Gläubiger einen provisorischen oder definitiven Verlustschein besitzt (Ziff. 5). Die übrigen Gründe betreffen Schuldner, die bloss schwer belangt werden können oder deren Vermögen schwierig zu erfassen ist. So ist der Arrest zulässig gegen den Schuldner, der keinen Wohnsitz hat (Ziff. 1), der flüchtig ist oder entsprechende Anstalten trifft (Ziff. 2) oder der von Berufs wegen seinen Aufenthalt öfters wechselt (Ziff. 3). Ein Arrestgrund bildet schliesslich das Beiseiteschaffen von

(10) Während des letzten Weltkrieges beschränkte der BR das Recht, Ausländerarreste zu erwirken, notrechtlich auf Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz; vgl. Fritzsche Band II, S. 206, Anm. 277.

(11) Ausnahmen: Art. 271 Abs. 2 SchKG.

Aktiven sowie der Umstand, dass der Schuldner im Ausland wohnt (sog. Ausländerarrest (12); Ziff. 4). Hinsichtlich der Stellung der Arrestvoraussetzungen im internationalen Verkehr behält SchKG 271 III die Bestimmungen der Staatsverträge vor (13).

Sodann obliegt es dem Gläubiger, die mit Arrest zu belegenden Vermögenswerte zu bezeichnen. Ursprünglich hielt es das Bundesgericht sehr streng mit dieser Bezeichnung und verlangte eine genaue Spezifikation der Arrestobjekte. In BGE 51 III 117 ff. erklärte es einen auf schuldnerische "Wertschriften-Depôts" bei einer Bank erwirkten Arrestbefehl in Bestätigung einer langjährigen Praxis (14) für ungültig, denn "der Arrest beruht auf dem Gedanken, dass es der Gläubiger ist, welcher die Arrestgegenstände entdeckt und den Arrestbehörden als Exekutionsobjekte namhaft macht". Diese Praxis blieb nicht ohne Kritik (15), weil sie dem loyalen Gläubiger in der Mehrzahl der Fälle den Arrestschutz entzog (16). So genügte es meist, seine Wertsachen einer Bank anzuvertrauen, um sie dem Arrestbeschluss zu entrücken. Angesichts dieser Entwertung des Arrestes gab das Bundesge-

-
- (12) Massgebend ist nicht die Nationalität des Schuldners - wie der Ausdruck "Ausländerarrest" vermuten lassen könnte - , sondern allein dessen Wohnsitz.
- (13) Näheres zu den Arrestgründen bei Fritzsche Band II, S. 203 bis 213 und 218 f..
- (14) Vgl. die Judikatur und andere Beispiele bei Lorétan in SJZ 35 (1938/39), S. 195 f., und bei Jud, S. 5.
- (15) So u.a. Fick und Schwendener in SJZ 22 (1925/26), S. 160 bzw. 175; vgl. aber auch Kuhn in SJZ 34 (1937/38), S. 294 ff., der eine Rückkehr zur strengen Spezifikationspflicht des Gläubigers befürwortet.
- (16) Der Gläubiger dürfte nur selten in der Lage sein, sich eine detaillierte Liste über das Vermögen des Schuldners zu verschaffen. Der Arrest aber soll gerade dann eine Forderung sicherstellen, wenn der Schuldner schwer zu erreichen (SchKG 271 Ziff. 1 bis 4) und somit die Kenntnis über sein Vermögen beeinträchtigt ist.

richt in BGE 56 III 44 ff. - nach langem Zögern (17) - seine bisherige Rechtsprechung auf und begnügte sich künftig damit, "dass die zu arrestierenden Gegenstände in ihrer Gesamtheit der Gattung nach bezeichnet werden (18), in Verbindung mit der genauen Angabe der Oertlichkeit, wo sie sich befinden, oder der Person, welche sie im Gewahrsam hat. Werden im Arrestbefehl z.B. die vom Schuldner einer bestimmten Bank in Verwahrung gegebenen oder in einem Schrankfache bei einer bestimmten Bank aufbewahrten Wertschriften genannt, so ist damit genügend umschrieben, was dem Betreibungsamt zu tun obliegt, um den Arrestbefehl zu vollziehen" (19). Führt der Gläubiger demnach als Arrestgegenstände die bei einer Bank bestehenden "Kontoguthaben, Wertschriften sowie den Inhalt von Schrankfächern" an, so wird damit der ganze mögliche Bankverkehr des Arrestschuldners erfasst.

Die Praxis lässt es sogar zu, Arrest auf Sachen und Guthaben zu legen, die angeblich dem Schuldner gehören, dem Namen nach aber einem Dritten zustehen (20). Ja, der Dritte braucht nicht einmal namentlich genannt zu werden; die For-

-
- (17) BGE 58 III 153; in BGE 56 III 46 wird von der "nicht unbegründeten Befürchtung" gesprochen, dass die missbräuchliche Herausnahme von Arresten erleichtert werde.
- (18) Bereits der Minderheitsentwurf von 1875 (oben, S. 58, Anm. 11, verlangte vom Gläubiger lediglich, dass er "die Natur der Gegenstände" bezeichne, die er mit Beschlag belegen will (§ 150). Dieser Gedanke wurde zwar nicht explicit in die späteren Entwürfe übernommen, aber - wie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist - auch nicht verworfen.
- (19) Bestätigt in BGE 58 III 151; 75 III 107 f.; 80 III 87, 100 III 25.
- (20) BGE 80 III 90; 82 III 70, 151 f.; 93 III 92; 96 III 109; "Wenn in einem solchen Falle der Schuldner behauptet, Eigentümer oder Gläubiger der Sachen und Forderungen sei ein Dritter, oder wenn der Dritte selber diese Rechte beansprucht, so ist dies noch kein Grund, den Arrestvollzug einzustellen oder aufzuheben; es gibt dies lediglich Anlass zur Einleitung eines Widerspruchsverfahrens, welches zur Abklärung der angeblichen Rechte des Dritten dient"; vgl. hierzu auch die Kritik von Kleiner in SJZ 61 (1965), S. 37 ff. und 75 (1979), S. 220 f..

mulierung "Guthaben in fremden Namen" genügt, soweit es sich dabei um Werte handelt, von denen die Bank weiss oder wissen muss, dass sie dem Arrestschuldner gehören (21). Dieser Praxisentwicklung liegt das Bestreben zugrunde, einem tatsächlichen Schuldner zu verunmöglichen, sich unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses durch blosses Annehmen eines Pseudonyms seinen Gläubigern entziehen zu können. So sehr dieser Gedanke an sich begrüssenswert ist, er führt in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung dazu, dass mitunter das Vermögen unbeteiligter Dritter gesperrt wird. Diese werden, falls sie auf dem Beschwerdeweg nicht durchdringen, ins Widerspruchsverfahren gedrängt (22). Durch den temporären Entzug ihrer Verfügungsmacht kann ihnen ein - allenfalls erheblicher - Schaden erwachsen, den sie, da die spezielle arrestrechtliche Schadenersatzklage (SchKG 273) dem Arrestschuldner vorbehalten ist (23), nur gestützt auf OR 41 ff. geltend machen können. Der geschädigte Dritte hat also nicht bloss den Schaden, sondern überdies die Rechtswidrigkeit und das Verschulden des Arrestnehmers nachzuweisen; die Möglichkeit, den Gläubiger zu einer Kautionsstellung zu verhalten, ist nicht vorgesehen. Die Billigung einer extensiven Bezeichnung der Arrestobjekte ist - wie gesehen - nicht unproblematisch und bedarf einer genaueren Ueberprüfung, als dies im Rahmen der vorliegenden Arbeit möglich ist (24).

3. Bewilligungsverfahren und Rechtsschutz des Schuldners

Das SchKG sieht kein besonderes Verfahren für den Erlass des Arrestbefehls vor. Die Arrestbehörde beschränkt sich

(21) BGE 96 III 110 f..

(22) Ja, sie laufen sogar Gefahr, ihre Rechte zu verwirken, wenn sie sich nicht rechtzeitig beim Betreibungsamt melden: s. unten, S.171 ff.. Wann immer dem Amt die Anschrift solcher Dritter bekannt ist, sollte es diesen analog zum Arrestschuldner vom Arrest Kenntnis geben.

(23) BGE 67 III 93 ff..

(24) Meines Wissens ist hierzu in Zürich eine Dissertation in Arbeit.

darauf zu prüfen, ob der Gläubiger seine Forderung und das Vorhandensein eines Arrestgrundes glaubhaft gemacht hat, d.h., ob der Nachweis derjenigen Tatsachen erbracht ist, die dafür eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründen (25). Erfahrungsgemäss begnügen sich die Bewilligungsbehörden mit kurzen mündlichen Erklärungen des Arrestnehmers; dass die Vorlage von Dokumenten verlangt wird, ist eher die Ausnahme. In Zweifelsfällen neigen die Behörden mehr dazu, den Arrest zu bewilligen, als das Arrestgesuch abzulehnen; die Möglichkeit, dem Arrestschuldner eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen (SchKG 273 I; (26)), erleichtert ihnen diesen Entscheid.

Auf eine Anhörung des Arrestschuldners wird in diesem Verfahrensstadium verzichtet. Ebenso ist gegen den Arrestbefehl weder Berufung noch Beschwerde zulässig (SchKG 279 I). Zugunsten der Durchschlagskraft des Arrestes nimmt der Gesetzgeber damit bewusst in Kauf, dass die nach bloss summarischer Prüfung ergangene Massnahme unrichtig sein könnte (27). Nach der Arrestlegung kann der Schuldner jedoch den Bestand der Forderung durch Rechtsvorschlag in der Arrestbetreibung oder das Vorliegen eines Arrestgrundes durch die Arrestaufhebungsklage anfechten (28) und so den Arrest auf gerichtlichem Wege beseitigen. Die Behauptung, ein Arrest sei zu Unrecht erfolgt, weil die Forderung durch ein Pfand gedeckt sei oder weil es an einem Arrestobjekt, der eigent-

(25) Blumenstein Handbuch, S. 837; vgl. auch Komm. Sträuli/Messmer, N 10 zu § 110 ZH ZPO; es genügt, "dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht."

(26) Diese kann noch verfügt werden, nachdem der Schuldner zu Gehör gekommen ist: BGE 46 I 489.

(27) Nicht ausgeschlossen ist jedoch die staatsrechtliche Beschwerde: BGE 82 I 80; 86 I 27 E. 1; 97 I 680 ff.; diese ist erst zulässig, nachdem ein ausserordentliches kantonales Rechtsmittel mit ähnlicher Funktion wie die staatsrechtliche Beschwerde wegen BV 4 (etwa eine Nichtigkeitsbeschwerde) ergriffen wurde: BGE 103 I a 494 ff..

(28) SchKG 278 und 279 II; näheres hierzu bei Fritzsche Band II, S. 228-242, und dort angeführte Literatur und Judikatur.

lichen materiellen Grundlage des Arrestes, fehle, muss aus praktischen Gründen gleichfalls mit der Arrestaufhebungsklage gerügt werden können (29). Kleiner (30) befürwortet sogar die Anfechtung eines Vermögenswerte Dritter beschlagnehmenden Arrestes. Ein solcher sei ebenfalls ungerechtfertigt, "bestimmt doch derselbe Art. 271 SchKG, auf den sich das Bundesgericht als Bezugspunkt des Art. 273 beruft, dass sich nur Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen lassen". Erweist sich sodann der Arrest als unrechtmässig, so haftet der Gläubiger für den hieraus erwachsenden Schaden (SchKG 273 I).

Der Arrestschuldner besitzt demnach keine Rechtsbehelfe, um eine Arrestnahme zu verhindern; solche wurden offenbar im Hinblick auf die besondere Haftungsnorm (31) nicht für erforderlich gehalten. Dabei wurde aber nicht berücksichtigt, dass es dem Schuldner - abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten beim Schadensnachweis - vielfach gar nicht möglich ist, den Schadenersatzanspruch gegen den Gläubiger geltend zu machen, geschweige denn durchzusetzen; zu denken ist hier vorab an den im Ausland wohnenden Gläubiger, dann aber kann der Gläubiger auch mittlerweile in Konkurs gefallen sein. Vielleicht ist das Interesse des Arrestschuldners an der Wahrung der Diskretion über seine wirtschaftlichen Verhältnisse auch dergestalt, dass dessen Verletzung durch einen Schadenersatz nicht aufgewogen wird.

-
- (29) BGE 51 III 27 ff. bzw. ZR 26 (1927), Nr. 187; Schindler, S. 38 f. und 43 ff.. In ZR 47 (1948), Nr. 150 dagegen wurde dem Schuldner das Recht abgesprochen, einen sog. "papierenen Arrest" aufheben zu lassen; er wurde mit dieser Einrede ins Arrestbetreibungsverfahren verwiesen. Ein Arrest, der vollzogen wurde, obgleich die zu arrestierenden Vermögensobjekte festgestelltermassen nicht vorhanden waren, ist indessen auf dem Beschwerdeweg anzufechten; Schindler, S. 40 f..
- (30) Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 223.
- (31) Die Haftpflicht des Arrestgläubigers kann sich auch nach OR 41 ff. beurteilen, so etwa, wenn der Gläubiger den erwirkten Arrest nicht prosequiert; vgl. Albrecht, S. 23 und 41 f..

Denkbar ist schliesslich, dass der Gläubiger den Schadenersatz (32) in Kauf nimmt, sofern dieser kleiner ist als der Wert der durch den Arrest zu erlangenden Vorteile (33). Daraus erhellt, dass man die Haftungsnorm in Bezug auf ihre Präventivwirkung nicht überbewerten darf.

IV . Vollzug des Arrestbefehls

1. Das zuständige Vollzugsorgan

"Die Arrestbehörde beauftragt den Betreibungsbeamten oder einen andern Beamten oder Angestellten mit der Vollziehung des Arrestes und stellt demselben den Arrestbefehl zu" (SchKG 274 I). Der beauftragte Funktionär darf nur in seinem Amtskreis tätig werden (34), wobei hier die gleichen Grundsätze gelten, nach denen sich die örtliche Zuständigkeit der Arrestbewilligungsbehörden bestimmt (s. oben S. 124). Der Zuständigkeitsbereich der Bewilligungsbehörde reicht oftmals weiter als jener der Vollzugsorgane, so dass mehrere Arrestbefehle zu erlassen sind, wenn die Arrestgegenstände in verschiedenen Betreibungskreisen liegen (35).

-
- (32) Die arrestrechtliche Haftungsnorm deckt ohnehin nur den unmittelbaren Schaden, der auf die Verfügungsbeschränkung bezüglich der Arrestgegenstände zurückzuführen ist, nicht also die Prozesskosten der Arrestaufhebungs- oder Arrestprosequierungsklage, obwohl diese Prozesse notwendig sind, um die fehlende Rechtfertigung des Arrestes festzustellen: vgl. BGE 93 I 284 mit Hinweisen und Fritzsche Band II, S. 242).
- (33) Die mit Hilfe eines Arrestes erlangten Informationen können beispielsweise die sicherheits- oder wettbewerbspolitischen Interessen des Arrestschuldners berühren und lassen sich erpresserisch verwenden. Allein die Verfügungssperre kann einen unliebsamen Konkurrenten aus dem Rennen werfen.
- (34) BGE 80 III 127 f.; 76 III 19; 75 III 26 und dort zit. Entscheide.
- (35) Art. 345 der Zürcher Anweisung sieht in solchen Fällen allerdings die Ausstellung bloss eines Arrestbefehls vor, der demjenigen Betreibungsamt zum Vollzuge zugestellt wird, in dem der wertvollere Teil der Gegenstände liegt. Dieses Amt lässt die in andern Betreibungskreisen liegenden Arrestobjekte auf dem Rechtshilfeweg verarrestieren.

2. Das Verhältnis der Vollzugs- und Arrestbehörde

Nach der vom SchKG getroffenen Regelung des Arrestverfahrens ist das mit dem Vollzug beauftragte Betreibungsamt grundsätzlich an den Arrestbefehl gebunden: es hat ihn, so wie er lautet, zu vollziehen, ohne seine Voraussetzungen überprüfen zu können. Nur dann muss es den Vollzug ablehnen, wenn Massnahmen zu treffen wären, die sich als Verletzung der besonderen Vorschriften für den Vollzug darstellten (36), oder wenn eine der in Art. 274 SchKG aufgezählten notwendigen Angaben fehlte (BGE 73 III 101 f.). Die Verantwortung für den Erlass des Arrestbefehls trägt demnach allein die Arrestbehörde; das Vollzugsorgan ist ausschliesslich auf seine Stammfunktion, die Ausführung des Befehls, beschränkt. So hat es beispielsweise einen Arrestbefehl nicht zu vollziehen, wenn unpfändbare (SchKG 92) und damit auch nicht arrestierbare Vermögenswerte mit Beschlag zu belegen wären. Allein diese klare Aufgabenteilung ist mit dem Zweck des Arrestes vereinbar: dem Gläubiger, dessen Exekutionsrechte gefährdet scheinen, einen rasch wirksamen Schutz zu gewähren.

3. Vollzugsverfahren

"Der Arrest wird nach den in den Artikeln 91-109 für die Pfändung aufgestellten Vorschriften vollzogen" (SchKG 275). Zunächst fällt auf, dass Art. 89 SchKG über die Vollzugsfrist ausgeklammert ist; eine entsprechende Ordnungsvorschrift fehlt im Arrestrecht. Aus der Natur des Arrestes als einer nur bei rascher Ausführung wirksamen Sicherung ergibt sich indes, dass er sofort zu vollziehen ist. Auch für den Arrestschuldner kann ein verspäteter Vollzug nicht

(36) BGE 64 III 128 f. in Abänderung der früheren Rechtsprechung, wonach die beiden Behörden als einander gleichgeordnet bezeichnet wurden (BGE 38 I 277; 52 III 72); bestätigt in BGE 92 III 23 E. 1; vgl. auch Fritzsche Band II, S. 220, und Schindler, S. 19 ff., sowie Art. 344 der Zürcher Anweisung. So darf das Betreibungsamt den Vollzug eines Arrestbefehls über Gegenstände, welche von Dritten angesprochen werden, nur dann verweigern, wenn der Gläubiger selbst diesen das Eigentum zuspricht: B1SchK 43 (1979), s. 52 ff..

tragbar sein, so wenn inzwischen der Arrestgrund weggefallen ist; mit der Arrestaufhebungsklage vermöchte er sich nicht gegen die Beschlaglegung zu wehren, da in diesem Verfahren nur zu untersuchen ist, ob im Zeitpunkt des Erlasses des Arrestbefehls ein Arrestgrund vorhanden war, während nachträgliche Aenderungen nicht berücksichtigt werden können (37). Daher hat das Bundesgericht erkannt (38), dass ein Arrest dahinfällt, wenn er nicht innert einer von Fall zu Fall auf Grund der konkreten Umstände zu bemessenden Frist vollzogen wird.

Im weitem wird auf eine Vollzugsankündigung (SchKG 90) verzichtet, denn sonst fiel es dem Schuldner nur zu leicht, Arrestgegenstände verschwinden zu lassen und so den Arrest zum Scheitern zu bringen. Während es nämlich bei der Pfändungsvorname dem Beamten obliegt, pfändbares Vermögen des Schuldners ausfindig zu machen, ist hier der Kreis der zu arrestierenden Werte im Arrestbefehl mehr oder weniger (Gatungsarrest) genau vorgegeben. Andere als die darin angeführten oder sich daraus ergebenden Gegenstände bzw. Rechte darf das Betreibungsamt nicht mit Arrest belegen (39), auch dann nicht, wenn diese - laut Schätzung - zur Deckung der Arrestforderung nicht ausreichen. Geschieht es dennoch, so liegt nach BGE 90 III 51 (40) nicht bloss eine gesetzwidrige und damit der Beschwerde unterworfenen Verfügung vor, sondern ein Uebergriff in die der Arrestbehörde vorbehaltenen Befugnisse, was die Nichtigkeit der betreffenden Betreibungshandlung bewirke.

-
- (37) Komm. Jaeger, N 5 zu Art. 279 SchKG.
- (38) BGE 54 III 143 ff., wo eine Verzögerung von dreieinhalb Monaten zur Aufhebung des Arrestbefehls ausreichte; vgl. auch BGE 98 III 78 E. 3b.
- (39) Komm. Jaeger, N 1 zu Art. 275 SchKG; Fritzsche Band II, S. 224; a.M.: Ott, S. 80 f..
- (40) In casu war ein Personenwagen als verarrestiert erklärt worden, obwohl als Arrestgegenstände lediglich "Möbel, Wertschriften, Gold- und Silbersachen sowie Schmuck an den Händen der Schuldnerin" aufgeführt waren; vgl. auch BGE 92 III 24 E. 2; BLSchK 29 (1965), S. 50.

Die heutige Vollzugspraxis, die danach unterscheidet, ob die Arrestnahme beim Schuldner oder bei einer Drittperson erfolgt, wurde in massgebender Weise durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Beschwerdesachen geprägt.

a) Vollzug beim Schuldner

aa) Vorgehen des Betreibungsamtes

Hier verfährt der Betreibungsbeamte gleich wie beim Pfändungsvollzug (vgl. oben, S. 67 ff.). Er lässt sich die im Arrestbefehl angeführten Gegenstände vorzeigen, spezifiziert allenfalls bloss der Gattung nach bezeichnete Sachen und Rechte, erklärt sie für verarrestiert und trägt sie mit seiner Schätzung in die Arresturkunde ein; bei alledem beachtet er die Unpfändbarkeitsbestimmungen (SchKG 92 bis 94). Sowie hinreichende Deckung für die zu sichernde Forderung gewährleistet ist, bricht er den Vollzug ab, auch wenn der Arrestbefehl weitere Arrestgegenstände aufführt (41); sind die Voraussetzungen einer amtlichen Verwahrung erfüllt (42), so muss er deren Durchführung anordnen. Zur Erfüllung seiner Aufgaben darf er vom Schuldner das Öffnen von Räumlichkeiten und Behältnissen verlangen und nötigenfalls mit Polizeigewalt durchsetzen. Bestreitet der Schuldner den Besitz von Arrestgegenständen und lassen sich diese bei ihm auch nicht feststellen, so muss der Arrestvollzug insoweit als gescheitert gelten; Forderungen und Rechte dagegen sind selbst dann zu verarrestieren, wenn deren Bestand bestritten wird (s. oben, S. 71 f.).

bb) Mitwirkungspflichten des Arrestschuldners

Interessant ist ein Vergleich mit den bei der Pfändung geltenden Verfahrenspflichten des Schuldners (vgl. oben, S. 91 ff.), wobei vorab die Abweichungen zu jenen

(41) Die Vorschriften über die Reihenfolge bei der Pfändung (SchKG 95) sind gleichfalls anwendbar.

(42) Es sind dies die gleichen wie bei der Pfändung (s. oben S. 81 ff.), nur dass SchKG 277 zusätzlich die Möglichkeit einräumt, die Inverwahrungsnahme durch eine Sicherheitsleistung abzuwenden.

Pflichten hervorgehoben werden sollen.

aaa) Keine Präsenzpflcht

Der dem Arrest innewohnende Ueberraschungseffekt ginge verloren, wenn dem Schuldner der Arrestvollzug angekündigt würde. Dieser Verzicht bewirkt anderseits, dass der Beamte die Abwesenheit des Schuldners in Kauf nehmen muss (43). Wird der Schuldner nicht angetroffen, mag es - gerade beim Taschenarrest - tunlich sein, sich umgehend nach dessen Verbleib zu erkundigen, um ihn noch zu erreichen, bevor er sich abgesetzt hat. Sonst aber kann sich der Beamte am Arrestort auch allein vom Vorhandensein der Arrestgegenstände überzeugen; dabei hat er m.E. jede einen Schaden bewirkende Zwangsanwendung (Oeffnen von Räumlichkeiten etc.) zu vermeiden, dies zumindest, wenn mit einem baldigen Erscheinen des Schuldners zu rechnen ist. Solange die Arrestforderung nicht ausgewiesen ist, gilt es nämlich vermehrt, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Vollzogen ist der Arrest allerdings erst, wenn er dem Schuldner unter Hinweis auf die Verfügungssperre und die Folgen einer Zuwiderhandlung ausdrücklich eröffnet wurde, was zuweilen erst mit Zustellung der Arresturkunde geschieht. Der Schuldner wird nur insoweit zur Präsenz angehalten, als er sich im Zeitpunkt des Erscheinens des Betreibungsbeamten am durch den Gläubiger im Arrestbegehren bezeichneten Aufbewahrungsort der mit Arrest zu belegenden Sache oder in unmittelbarer Nähe aufhält.

bbb) Beschränkte Auskunftspflicht

Stellen - wie noch aufzuzeigen sein wird (44)

(43) Der Beamte wird seinen Gang mit Vorteil auf einen Zeitpunkt legen, da er vermutet, den Arrestschuldner anzutreffen, also in der Regel des Morgens in der Frühe. Vgl. auch SchKG 56, der den Beamten berechtigt, den Arrest zu beliebiger Zeit zu vollziehen.

(44) Siehe unten, S. 140 f..

- Verifikation und Spezifikation der Arrestobjekte keine Gültigkeitserfordernisse dar für die Errichtung der Arresturkunde und damit der Arrestierung überhaupt, und kann auf die Präsenz des Schuldners verzichtet werden, so fragt es sich, ob nicht auch die Auskunft des anwesenden Schuldners überflüssig wird. Dem ist nicht so, denn es ist nicht im Sinn dieser Praxis, dem Schuldner ein Verbergen des Arresterfolges zu ermöglichen. Ein vollzogener Arrest soll dem berechtigten (45) Arrestnehmer soweit als möglich (46) Gewähr dafür sein, dass seine Forderung sichergestellt ist; hierzu muss der Schuldner durch Auskunftgabe und Vorzeigen der Arrestgegenstände beitragen. Ein Verweigerungsrecht des Schuldners liesse sich übrigens schon aus dem Wortlaut des Art. 91 SchKG nicht rechtfertigen. Sodann kann der Beamte den Entscheid, ob die im Arrestbefehl genannten Gegenstände taugliche Arrestobjekte darstellen, unter Umständen erst auf Grund von Informationen und Augenschein treffen. Auch hat der Schuldner selbst ein Interesse, durch Auskunfterteilung zu verhindern, dass zu viel verarrestiert und ihm dadurch Schaden zugefügt wird. Daher darf der Beamte nicht blindlings alle im Arrestbefehl erwähnten Gegenstände mit Beschlag belegen, sondern nur soviele von ihnen, als der Sicherungszweck erfordert (47). Dies wiederum bedingt eine Schätzung der Arrestobjekte, wozu der Schuldner durch Auskunftgabe und Vorlegen der Arrestgegenstände Hand bieten muss.

Art. 91 SchKG ist freilich nicht in vollem Umfange anwendbar. Die Auskunfts- und Vorzeigepflicht des Arrestschuldners ist auf die im Arrestbefehl genannten Ge-

(45) Wenn also Arrestgrund und Forderung zu Recht bestehen, was freilich im Zeitpunkt der Arrestnahme noch offensteht.

(46) Dabei bleiben natürlich allfällige, erfolgreiche Drittan-sprachen vorbehalten; desgleichen kann sich eine verarrestierte Forderung im nachhinein als wertlos erweisen.

(47) SchKG 275 i.V. m. 97 II; vgl. auch Fritzsche Band II, S. 224 f. mit Hinweis auf Fussnote 1 der Arresturkunde, sowie die Entscheide in BLSchK 19 (1955), S. 59; 39 (1975), S. 187 f.; 41 (1977), S. 60 f..

genstände und Forderungen bzw. Rechte beschränkt (48). Andere als die dort verzeichneten Werte darf der Beamte nicht mit Beschlag belegen (49). Je genauer die Objekte bezeichnet sind, desto weniger weit reichen die Verfahrenspflichten des Schuldners. Bei einer gattungsmässigen Bezeichnung indes unterscheiden sie sich schon nicht mehr stark von denjenigen eines Pfändungsschuldners.

Verweigert der Arrestschuldner die Auskunft, so ist ihm eine Strafanzeige nach Art. 323 Ziff. 2 StGB in Aussicht zu stellen. Zur Durchsetzung der Vorlegungspflicht kann der Ungehorsamstatbestand von StGB 292 angedroht werden; zweckmässiger ist aber die unmittelbare Zwangseinwirkung nach SchKG 91 II.

Was im besonderen den Ausländerarrest betrifft, so hat das Bundesgericht anfänglich die Anwendung des Art. 91 SchKG auf den im Ausland wohnenden Schuldner abgelehnt (50), später aber seine Auffassung dahingehend präzisiert, dass die Auskunftspflicht ebenfalls bestehe, auch wenn jener nicht der schweizerischen Jurisdiktion unterstehe und daher jede Verletzung dieser Pflicht ohne Sanktion bleiben müsse (51).

ccc) Uebrige Pflichten

Bezüglich der übrigen Mitwirkungspflichten des Arrestschuldners (Oeffnungs-, Herausgabepflicht etc.) und deren Erzwingungsmöglichkeiten kann auf das oben (S. 98 ff.) zur Pfändung Gesagte verwiesen werden.

(48) Bei einer weiterreichenden Auskunftspflicht des Schuldners käme der Arrest einer vorweggenommenen Pfändung gleich: BGE 38 I 803.

(49) Eine solche Arrestverfügung wäre nichtig: BGE 90 III 51.

(50) BGE 56 III 202 ff..

(51) BGE 58 III 151 ff..

b) Vollzug bei Drittpersonen

aa) Das Bundesgericht zur Vollzugspraxis

Die Mehrzahl aller Arreste, so etwa sämtliche Ausländerarreste, werden bei Drittpersonen vollzogen. Solange eine genaue Spezifikation der Arrestobjekte im Arrestbefehl verlangt wurde, scheint der Arrestvollzug - wie die spärliche Judikatur zeigt (52) - keine besonderen Schwierigkeiten bereitet zu haben. Der angefragte Dritte hatte lediglich "anzugeben, ob sich die im Arrestbefehl erwähnten Gegenstände in seinem Gewahrsam befinden oder nicht" (BGE 40 III 217; (53)).

Dies änderte sich mit Zulassung des Gattungsarrestes in BGE 56 III 44 ff., womit das Bundesgericht zugleich die Auskunftspflichten des Dritten weiter fasste und so besonders in Bankkreisen auf wenig Verständnis stiess. Der Arrestvollzug konnte nämlich nach wie vor nur in der Weise rechtsgültig erfolgen, dass das Betreibungsamt das Vorhandensein gattungsmässig umschriebener Objekte feststellte und sie einzeln aufzeichnete. Ohne Verifikation besteht "nicht die mindeste Gewähr dafür, dass die getroffenen Vorkehren wirklich zum Arrestvollzug geführt haben"; "im allgemeinen können ferner bewegliche Sachen und Wertschriften vom Betreibungsamt nicht ohne Augenschein geschätzt werden, was zum Pfändungs- oder Arrestvollzug ebenfalls unerlässlich ist" (BGE 60 III 142). Scheitern die diesbezüglichen Auskunfts- und Vorlegungsbegehren des Beanteten, so ist in der Arresturkunde die Unmöglichkeit des Arrestvollzuges zu verurkunden (BGE 50 III 43). Diese Folge wurde daraus gezogen, dass gegenüber den zur Mitwirkung

Vgl. in etwa BGE 38 I 803; 40 III 165 ff. und 209 ff..

In einem Fall, wo die Arrestobjekte im Arrestbefehl nicht näher umschrieben waren und daher die Arrestlegung unterbleiben musste, führte das Bundesgericht aus, es könne "keine Rede davon sein, dass die Rekurrentin (eine Bank) dem Betreibungsamt anzugeben hätte, ob und welche Wertgegenstände von den Arrestausführenden bei ihr hinterlegt worden sind". BGE 50 III 168.

verpflichteten Drittpersonen (54) jegliches Zwangsmittel unzulässig ist, so dass bei deren Weigerung Augenschein, detaillierte Aufzeichnung der Arrestobjekte und Schätzung derselben nicht möglich sind.

In BGE 63 III 63 ff. änderte das Bundesgericht seine bisherige Ansicht und billigte in solchen Fällen, wo nähere Feststellungen wegen des renitenten Verhaltens der Mitwirkungspflichtigen sich als unmöglich erweisen (55), den Vollzug in der Weise, dass die Arrestgegenstände ohne Augenscheinnahme in allgemeiner Umschreibung in die Arresturkunde aufgenommen werden (56). Ihr pflichtwidriges Verhalten soll die Beschlagnahme nicht vereiteln; diese werde ja schon dadurch wirksam, dass sie den Schuldner verpflichte, sich der Verfügung über die betreffenden Gegenstände zu enthalten, und dass sie den Rechtserwerb durch bösgläubige Dritte hindere (SchKG 275 i.V.m. 96). Bei der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Verifikation bestünden keine Bedenken, die Arrestnahme auch auf die Gefahr hin zuzulassen, dass Gegenstände der aufgeführten Art gar nicht vorhanden seien. Dass wegen der Unmöglichkeit einer zuverlässigen Schätzung unter Umständen mehr Gegenstände dem Arrestbeschluss unterworfen werden, als zur Deckung der Forderung des Gläubigers erforderlich wären, habe der Schuldner gleichfalls sich selbst zuzuschreiben; er könne dieser Gefahr ja durch pflichtgemässe Auskunfterteilung vorbeugen. Ebenfalls aufgegeben wurde die bisherige Auffassung (57),

-
- (54) Eine ähnliche Situation liegt vor, wenn der im Ausland wohnhafte Schuldner die Auskunft verweigert, da ihm hierfür keine Straffolgen angedroht werden dürfen: BGE 56 III 202 ff.; 58 III 154 f..
- (55) Der Arrestvollzug muss hingegen als gescheitert gelten, wenn die zu arrestierenden Sachen effektiv nicht vorgefunden wurden.
- (56) In diesem Sinne hatte bereits früher das Obergericht des Kantons Zürich entschieden: ZR 30 (1931) Nr. 167; 37 (1938) Nr. 65.
- (57) BGE 48 III 98 und 60 III 141.

dass zur gültigen Arrestierung von unter Art. 98 Abs. 1 SchKG fallenden Wertsachen deren Inverwahrungsnahme unerlässlich sei.

Die in BGE 63 III 63 ff. aufgezeigte Vollzugspraxis wurde in der Folge vom Bundesgericht wiederholt bestätigt (58) und hat heute noch Geltung.

bb) Folgerungen aus der geltenden Vollzugspraxis

aaa) Verzicht auf Verifikation und Spezifikation

Wenngleich das Bundesgericht diese Art der Arrestierung bloss als Notbehelf (BGE 67 III 11) bezeichnete, hat es damit doch deutlich gemacht, dass der Arrest - anders als die Pfändung (vgl. oben, S. 67 ff.) auch ohne Verifikation und Spezifikation einstweilen gültig vollzogen werden kann. Insoweit wird der besonderen Natur des Arrestes als blosses Sicherungsmittel, dem in der Regel die Betsreibung auf Pfändung als Vollstreckungsmassnahme nachfolgt, Rechnung getragen. "Il est clair d'ailleurs que cette mesure (59) suffit amplement pour le séquestre, qui sert à garantir provisoirement le créancier, mais elle n'aurait aucune portée pratique en matière de saisie dont le but, c'est-à-dire la vente forcée des biens, ne peut être atteint à moins d'une préalable spécification de ceux-ci" (BGE 66 III 32). Eben diese für die Verwertung notwendige Spezifikation kann ja bei der Pfändung im Rahmen des Arrestprosequierungsverfahrens noch nachgeholt werden (BGE 63 III 66). Kann demnach eine Arresturkunde ausgestellt werden, obwohl sich das Vorhandensein der darin aufgeführten

(58) BGE 66 III 32; 67 III 11; 75 III 107; 90 III 96; 96 III 110; 100 III 28.

(59) Arrestvollzug ohne Verifikation und durch bloss allgemeine Umschreibung der beschlagnahmten Werte in der Arresturkunde.

ten Gegenstände nicht feststellen liess, so ist der Arrest doch nur dann wirksam, wenn sich jene Sachen auch wirklich am bezeichneten Orte und jedenfalls im Kreis des vollziehenden Amtes befinden (BGE 67 III 11; (60)). Spätestens im Laufe der Arrestbetreibung, zumal bei der Pfändung, muss der Beamte genaue Feststellungen machen können (BGE 80 III 88); andernfalls ist der Arrest als erfolglos aufzuheben. Wenn das Bundesgericht im Regelfall eine Verifikation und Spezifikation der Arrestobjekte vorsieht, so tut es dies vorab, um dem Gläubiger Gewissheit über den Arresterfolg zu verschaffen (61). Die Gültigkeit des Arrestvollzuges aber wird davon nicht betroffen.

bbb) Arrestvollzug = Beschlagnahmeverfügung

Wesentliches Element des Arrestvollzuges ist demzufolge die Beschlagnahmeerklärung (62). Mit der Arrestnotifikation (63) wird dem Dritten die Auszahlung, Herausgabe sowie jede anderweitige Verfügung über die verarrestier-

-
- (60) Der Arrest wird unter Vorbehalt der Existenz der Arrestobjekte vollzogen.
- (61) BGE 103 III 95; die Auskunftspflicht hat ihren ursprünglichen Sinn verloren, mehr hierzu unten, S. 144 f. und 150 ff..
- (62) "Der Arrestvollzug besteht im Befehl des Betreibungsamtes an den Dritten und in dessen Verpflichtung, jede Entäusserung in seinem Gewahrsam stehender und im Befehl unspezifiziert bezeichneter Arrestobjekte zu unterlassen"; Müller in ZSR N.F. 68 (1949), S. 87 Ziff. 1; vgl. auch Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 339 mit Hinweisen.
- (63) Die Betreibungsämter benützen hierzu Form. Nr. 9 (Sperranzeige) bzw. die Rückseite von Form. Nr. 45 (Arresturkunde); eine genaue Regelung, wann dieses bzw. jenes Formular zu verwenden ist, fehlt meines Wissens.

ten Werte ausdrücklich untersagt (64). Zugleich wird auf die zivil- und strafrechtlichen Folgen (65) einer Missachtung dieser Sperre hingewiesen. Vom Beschlag betroffen werden jene Vermögenswerte, die im Zeitpunkt des Empfangs der Arrestmitteilung vorhanden sind (66).

In gewissen Kantonen (Basel-Stadt und Zürich) bezeichnen die Betreibungsämter eine Sperrlimite, die sich aus der zu sichernden Forderung zuzüglich Zinsen und mut-

-
- (64) Ursprünglich sollte auch im SchKG ausdrücklich auf den Unterschied im Arrestvollzug beim Schuldner bzw. bei Dritten hingewiesen werden. Laut Art. 198 Ziff. 2 und 3 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfes vom 23.2.1886 (BB1 1886 II, S. 79 ff.) hätte der Arrest auf im Besitze des Schuldners befindliche Mobilien durch deren "Verzeichnung, Schätzung, nöthigenfalls Versiegelung" vollzogen werden sollen, bei Drittgewahrsamsinhabern hingegen durch das "Verbot der Aushändigung an den Schuldner oder einen Dritten"; bezüglich Guthaben des Schuldners genügte die dem "Dritten ertheilte Anweisung, zum Nachtheil des Arrestlegers keine Zahlung zu machen" (Ziff. 4). Im überarbeiteten Gesetzesentwurf vom Januar 1888 ersetzte der Bundesrat diese Bestimmung durch die heutige Verweisungsnorm (SchKG 275), da der Arrest in ähnlicher Weise zu vollziehen sei wie die Pfändung (BB1 1888 I, S. 371); in der Folge verlor sich die ehemals getroffene Unterscheidung, bis sie in BGE 63 III 63 ff. wieder aufgenommen wurde.
- (65) Die Bezahlung einer verarrestierten Forderung kann rechtsgültig nur mehr an das Betreibungsamt erfolgen (SchKG 275 i.V.m. 99); im übrigen verstösst jede nicht bewilligte Verfügung des Dritten gegen seine Verpflichtung, die verarrestierten Sachen dem Betreibungsamt zur Verfügung zu halten (SchKG 275 i.V.m. 98 II), was seine Schadenersatzpflicht begründet. Strafrechtlich sodann kann ein Verstrickungsbruch (StGB 169) vorliegen.
- (66) Nicht also beispielsweise ein erst später eingehender Geldbetrag zugunsten des Arrestschuldners, dessen Konto gesperrt ist. Näheres über die praktischen Probleme in diesem Zusammenhang bei Klingenberg, S. 100 ff..

massliche Kosten (67) zusammensetzt und bis zu deren Betrag Werte zu sperren sind. Das Bundesgericht hat in BGE 103 III 36 ff. es abgelehnt, das Betreibungsamt Genf zur Angabe einer solchen Sperrlimite zu verhalten. Es ging davon aus, dass der Arrestvollzug nicht mit der Anzeige an den Dritten, sondern erst mit Zustellung der Arresturkunde an den Schuldner erfolge (68), und dass folglich der Grundsatz, wonach der Arrest nicht mehr beschlagen dürfe, als zur Sicherung der Forderung nötig sei, erst dann gelte. Dabei hat es m.E. zu Unrecht ausser acht gelassen, dass die Wirkung der Beschlagnahme bereits mit der Drittanzeige beginnt und dass bis zur Zustellung der Arresturkunde, gerade wenn der Schuldner im Ausland wohnt, geraume Zeit verstreichen kann (69). Eine vollständige Verfügungssperre könnte dem Schuldner schaden, ohne dass er hierfür verantwortlich wäre (70), und hält vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht stand. Eben diese ungerechtfertigte Schädigung kann durch die Angabe einer Sperrlimite bei der Arrestnotifikation vermieden werden, ohne dass dabei der Sicherungszweck des Arrestes ge-

-
- (67) Auch ein Betrag zur Deckung der im Prosekutionsverfahren dem Gläubiger möglicherweise erwachsenden Prozesskosten (Gerichts- und Anwaltskosten) darf eingerechnet werden: BLSchK 39 (1975), S. 187 f.. Soweit nötig, darf das Amt eine Anpassung der Sperrlimite an die zwischenzeitlich veränderten Verhältnisse verfügen.
- (68) Jaeger (Komm. N 1 zu Art. 275 SchKG) sieht in der Drittanzeige die den Arrestbeschluss ausführende Amtshandlung.
- (69) So wenn die Zustellung auf dem diplomatischen Weg mit Uebersetzung erfolgen muss. Man stelle sich vor: für eine Arrestforderung von Fr. 100.-- würde das bei einer Bank liegende Millionenvermögen einer im Ausland domizilierten Gesellschaft auf Tage, ja evtl. auf Wochen hinaus vollständig blockiert. Die Sperre kann u.U. noch länger dauern, wenn etwa Klage auf Anerkennung der Arrestforderung zu erheben ist.
- (70) Das Argument, der Schuldner könne ein Schadensrisiko leicht abwenden, indem er den Dritten anweise, dem Amt die verlangten Auskünfte über das Vermögen zu erteilen, spielt hier nicht. Die Sperre wird ja wirksam, bevor der Schuldner vom Arrest erfährt.

fährdet würde (71). Die Sperre gilt, bis sie vom Betreibungsamt widerrufen wird (72), was eine genaue Kontrolle des Amtes über den Stand des Arrestverfahrens bedingt. Nach ungenutztem Ablauf der Arrestprosequierungsfrist, oder wenn innert Jahresfrist seit Zustellung des Zahlungsbefehls in der Arrestbetreibung das Fortsetzungsbegehren nicht gestellt wurde, muss das Betreibungsamt die Verfügungssperre von Amtes wegen aufheben; ebenso, wenn der Arrest durch richterlichen Entscheid kassiert wurde.

ccc) Gewissheit über Arresterfolg durch Auskunfts- und Vorzeigepflicht des Dritten

Die Verfügungssperre ist wirksam, ob der Betreibungsbeamte nun weiss, was von ihr betroffen wird, oder nicht; Voraussetzung ist freilich, dass etwas vorhanden ist, worauf sie sich beziehen kann. Diese Ungewissheit zu beseitigen, liegt im Interesse des Arrestgläubigers, der noch vor Einleitung des Arrestprosequierungsverfahrens erfahren möchte, ob der auf sein Begehren erfolgte Arrest zum Ziel geführt hat oder ob ein zweiter, auf andere Vermögenswerte bezogener Arrest zur Deckung der Forderung notwendig ist. Der Betreibungsbeamte muss daher - so will es das Bundesgericht seit BGE 75 III 108 - die Drittpersonen auffordern, ihm mitzuteilen, ob sie mit Arrest belegte Aktiven des Schuldners besitzen, und wenn ja, diese zu bezeichnen und sie ihm zur Verfügung zu halten. Er hat die von ihm getroffenen Vorkehren in der Arresturkunde anzugeben, die erhaltenen Auskünfte zu würdigen und zu entscheiden, ob die unter Arrest fallenden Gegenstände vorhanden sind oder sein können und ob der Arrest folglich gelungen oder gescheitert ist (BGE 100

-
- (71) Der Dritte, zumeist eine Bank, wäre natürlich für eine wertgetreue Schätzung des der Sperre unterworfenen Vermögens verantwortlich; s. auch unten, S. 170 f..
- (72) Der Dritte darf nicht allein auf die Behauptungen des Schuldners abstellen, sondern hat sich sicherheitshalber beim Amt nach dem Bestand der Sperre zu erkundigen.

III 30). Letzteres kann jedoch nur bei den in der Praxis seltenen Fällen geschehen, in denen das Betreibungsamt dienliche Informationen erhält. Obgleich die Aemter ihrer Erkundungspflicht regelmässig nachkommen, ist der Erfolg ihrer Bemühungen vergleichsweise gering. Gerade die Banken, an die sich das Auskunftsbegehren in erster Linie richtet, berufen sich auf ihr Berufsgeheimnis und erstatten vielfach nicht einmal eine Negativmeldung, weil ein andermal aus dessen Unterbleiben das Vorhandensein der gesuchten Aktiven gefolgert werden könnte (73). Das Bundesgericht will zwar den Hinweis auf das Bankgeheimnis nicht gelten lassen (74); andererseits aber stuft es die zu schützenden Interessen des Arrestgläubigers (75) doch nicht so hoch ein, dass es dem Beamten die Anwendung der zur Durchsetzung der Auskunfts- und Vorlegungspflicht benötigten Mittel gestattete. Direkte Zwangsmittel gegenüber renitenten Drittpersonen hat es seit jeher als ungeeignet abgelehnt (BGE 60 III 26), und die Androhung der Straffolgen von StGB 292 wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen hält es nur beim Vorliegen eines Vollstreckungstitels, wenn also die Forderung ausgewiesen scheint, für zulässig (BGE 103 III 96). Fehlt ein solcher Titel, so hat die Mitwirkungsverweigerung bloss zur Folge, dass der Dritte für einen dem Arrestgläubiger allfällig entstehenden Schaden zivilrechtlich haftet (BGE 103 III 38).

ddd) Wegfall der betreibungsamtlichen Schätzung

Ein Arrestvollzug, bei dem die Arrestobjekte weder verifiziert noch spezifiziert werden, macht auch deren Schätzung durch das Betreibungsamt illusorisch (76). Die man-

(73) Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 6 zu Art. 47 BaG.

(74) BGE 56 III 48; 75 III 108 f.; 100 III 28 f.; 101 III 63 f.; 103 III 92; 104 III 50.

(75) In gewisser Weise sind auch öffentliche Interessen betroffen, so etwa, wenn zu Unrecht ein Betreibungs- oder Gerichtsstand am vermeintlichen Arrestort begründet wird.

(76) Dass die amtliche Verwahrung kein Gültigkeitserfordernis des Arrestaktes ist, wurde bereits gesagt; vgl. auch oben, S. 81 ff..

cherorts übliche provisorische Schätzung oder Annahme eines Pro-Forma Schätzungsbetrages von Fr. 1.-- entspricht nicht der ratio von SchKG 97 im Arrestverfahren. Sie schützt weder den Schuldner vor einer unangemessenen Beschlaglegung, noch bietet sie dem Gläubiger Gewähr für einen Arrestserfolg. Bei dieser Sachlage müsste ein Beharren auf der Schätzungspflicht als überspitzter Formalismus gelten, zumal weitere, so auch öffentliche Interessen durch einen Verzicht nicht getroffen würden.

Aus alledem wird ersichtlich, dass das Bundesgericht die für die Pfändung geltenden Vollzugsregeln nicht uneingeschränkt auf den Arrest überträgt; die Verweisungsnorm von SchKG 275 wird nicht stur befolgt, sondern da und dort mit Rücksicht auf die besondere Rechtsnatur des Arrestes freiheitlich gehandhabt. Auch die in SchKG 276 geforderte "Angabe der Arrestgegenstände und ihrer Schätzung" in der Arresturkunde gilt nunmehr durch eine Gattungsbezeichnung und eine Pro-Forma Schätzung erfüllt und dürfte damit kaum dem ursprünglichen Sinn dieser Bestimmung entsprechen. Dennoch ist die mit BGE 63 III 63 ff. eingeleitete Vollzugspraxis grundsätzlich zu begrüßen, weil sie sich auf den eigentlichen Zweck des Arrestes besinnt, nämlich die provisorische Sicherung der Gläubigerrechte. Diese soll nicht mehr wie bis anhin von der Mitwirkungsbereitschaft Dritter abhängen, sondern in jedem Fall durch die Sperrverfügung gewährleistet sein. So gesehen hat sich die Praxis an der ratio des Arrestinstitutes orientiert und dafür - wie ich meine - zu Recht in Kauf genommen, dass der eine oder andere Gesetzesartikel nicht im historischen Sinne angewendet wird.

c) Würdigung der unterschiedlichen Vollzugspraxis

Was die Aufgaben des Betreibungsamtes und die Verfahrenspflichten der Beteiligten betrifft, macht das Bundesgericht keinen Unterschied, ob der Arrest beim Schuldner oder bei einer Drittperson vollzogen wird. In beiden Fällen verlangt es vom Betreibungsbeamten, dass er die Arrestobjekte verifiziert und spezifiziert, sie schätzt und al-

lenfalls in amtliche Verwahrung nimmt; demgemäss verpflichtet es den Schuldner bzw. den Dritten zur Auskunftgabe, zum Vorlegen und Herausgeben der Arrestobjekte. Der Unterschied liegt in der Durchsetzung der Mitwirkungspflichten: während gegenüber renitenten Schuldnern die bekannten Zwangsmittel zur Anwendung gelangen, hält das Bundesgericht Drittpersonen gegenüber bloss die Androhung der Straffolgen nach StGB 292 für zulässig, und dies erst nur, wenn die Arrestforderung durch einen Vollstreckungstitel ausgewiesen ist (77). Der Grund für diese Zurückhaltung liegt wohl in der fehlenden Gesetzesgrundlage und der Schwere des Eingriffs solcher Zwangsmassnahmen in die Privatsphäre Dritter, sicher aber auch in der Natur des Arrestes als einer blossen Sicherungsmassnahme (78), bei der die Berechtigung der Forderung des Gläubigers noch keineswegs erstellt ist. Mit ein Grund wurde aber auch durch das Bundesgericht gesetzt: indem es die gattungsmässige Umschreibung der Arrestgegenstände im Arrestbegehren für hinreichend erklärte und so dem Gläubiger deren Aufsuchen praktisch abnahm (79), hat es zugleich den Arrest zu einem zur Vermögensspionage geeigneten Mittel gemacht (80). Da der Arrest mehrheitlich bei Drittpersonen, so v.a. bei Bankinstituten, vollzogen wird, wirkt sich diese Gefahr dort mehr aus als wie wenn bloss beim Schuldner nach Arrestgegenständen gesucht würde; in den weitaus häufigsten Fällen des Ausländerarrestes fällt letztere Möglichkeit ohnedies ausser Betracht.

Zugegeben, die vom Bundesgericht entwickelte Voll-

-
- (77) Aus dem Vorliegen eines Vollstreckungstitels leitet das Bundesgericht ab, dass die Arrestforderung zweifelsohne begründet sei (BGE 103 III 96). Der Arrest könnte dann mit Erfolg prosequiert werden, wo der renitente Dritte ohnehin mit Zwangsvorkehren rechnen müsste.
- (78) Dies im Gegensatz zur Vollstreckungsmassnahme der Pfändung.
- (79) Siehe unten, S. 154 ff..
- (80) Auch das Bundesgericht hält die Gefahr von Sucharresten für bedeutsam; BGE 102 III 8; 103 III 93 E. 2. Mehr hierzu unten, S. 155 f..

zugspraxis könnte leicht den Eindruck erwecken, dass der Arrestschuldner, der die Arrestgegenstände bei sich zuhause aufbewahrt, schlechter fährt als derjenige, der sie bei einer Drittperson verwahren lässt. Im ersten Fall setzt er sie nämlich dem direkten Zugriff des Betreibungsbeamten aus, während im andern Fall der Beamte den Dritten für gewöhnlich (81) nicht einmal unter Strafandrohung zur Auskunftgabe verhalten, geschweige denn bei ihm eine Hausdurchsuchung vornehmen darf. Im Ergebnis aber stimmen beide Vollzugsarten überein: dem Arrestschuldner wird - und dies reicht zur Sicherung der Arrestforderung - das freie Verfügungsrecht über die verarrestierten Werte entzogen. Hierzu bedarf es weder der Verifikation noch der Spezifikation der Arrestobjekte, was das Bundesgericht mit der Anerkennung des Arrestvollzuges durch bloss allgemeine Umschreibung der beschlagnahmten Werte in der Arresturkunde bestätigte. Der Verzicht auf die Erzwingung der Mitwirkungspflichten wirkt sich indessen auf die Gewissheit über den Arresterfolg aus, die der Gläubiger beim Vollzug gegenüber dem Schuldner unmittelbar erfahren kann, beim Vollzug gegenüber einer renitenten Drittperson aber lediglich durch deren Schadenersatzpflicht sichergestellt weiss.

Wenn also die vom Bundesgericht statuierten Mitwirkungspflichten Dritter für die Beschlaglegung entbehrlich sind und auch sonst nicht für so wichtig erachtet werden, dass deren Erfüllung erzwingbar sein müsste, so stellt sich zu Recht die Frage nach deren Berechtigung. Die Frage könnte allenfalls offenbleiben, wenn in der Praxis diesen Pflichten nachgelebt würde. Nun aber widersetzen sich gerade die Banken als die in erster Linie zur Mithilfe aufgeforderten Drittpersonen noch und noch dieser Verpflichtung. Schliesslich kann es nicht Sinn einer zu aktivem Handeln anhaltenden Norm sein, bloss da zu sein, um bei ihrer Missachtung die Grundlage für eine Schadenersatzpflicht darzustellen.

(81) Es sei denn, der Arrestforderung liege ein Vollstreckungstitel zugrunde.

Darauf aber läuft die gegenwärtige Praxis mit den nicht erzwingbaren Verfahrenspflichten Dritter hinaus. Im folgenden Abschnitt sollen daher die Gründe für und wider die Mitwirkungspflicht Dritter untersucht und gestützt darauf die Frage nach deren Berechtigung beantwortet werden.

V. Mitwirkungspflichten Dritter im Arrestverfahren: Ablehnung einer Uebernahme der pfändungsrechtlichen Regelung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche bei der Erzwingung, nicht aber für die Begründung der Auskunftspflicht Dritter gegenüber dem Betreibungsamt auf die Art der Arrestforderung abstellt, ist wiederholt kritisiert worden. Den einen Autoren, so den Vertretern der Banken, geht schon jede bzw. eine generelle Auskunftspflicht zu weit (82); andere hingegen würden es begrüßen, wenn diese Verfahrenspflicht in jedem Fall erzwingbar wäre (83). Es stellt sich mithin die Frage, ob, lediglich gestützt auf den Verweis in SchKG 275, die für den Vollzug der Pfändung auf Grund besonderer Verumständungen bejahte Offenbarungspflicht auch für das Arrestverfahren zu übernehmen sei, oder ob es nicht richtiger wäre, wenn auch hier alle in Betracht kommenden Momente gegeneinander abgewogen würden.

(82) Abgelehnt wird die Offenbarungspflicht von: Capitaine (1936), S. 71 ff.; Jann, S. 91 ff.; Delachaux, S. 35; Lotz, S. 103 f.; Hegetschweiler in SJZ 45 (1949), S. 39 ff.; Müller in ZSR N.F. 68 (1949), S. 80 ff.; Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 338 f.; Schwager, S. 105 ff.; mit Vorbehalten: Perrin in SJZ 45 (1949), S. 149, in SJZ 46 (1950), S. 187 ff.; Meyer, S. 45 ff.; Aubert/Kernen/Schönle, S. 126 f.; Komm. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 32 zu Art. 47 BaG.

Bejaht wird die Auskunftspflicht von: Haab in ZBJV 69 (1933), S. 559; Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 113 ff.; Stauffacher in SJZ 37 (1940/41), S. 184; Blumenstein in BLSchK 5 (1941), S. 103 f.; Wolf in BLSchK 13 (1949), S. 75 f.; Fritzsche Band II, S. 222 f.; Lüscher, S. 28; mit Vorbehalten: Huber, S. 122 f. und 131; Kuhn, S. 71 f. und 76 ff..

(83) Stauffacher in SJZ 37 (1940/41), S. 186; von Arx in SJZ 44 (1948), S. 372.

1. Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur
Auskunftspflicht des dritten Gewahrsamsinhabers

Mit der Zulassung des Gattungsarrestes glaubte sich das Vollzugsorgan notgedrungen auf den Schuldner und auf den dritten Gewahrsamsinhaber angewiesen, um den Vollzug durchzuführen (84). Und da der Schuldner meist unerreichbar im Ausland weilt, wo ihm "kein bestimmtes Handeln zur Pflicht gemacht wird, das er vom Ausland aus zu bewerkstelligen hätte" (85), konstruierte das Bundesgericht in Anlehnung an jene des Schuldners die Auskunftspflicht des Drittgewahrsamsinhabers (BGE 56 III 47 f.). Dabei verwies es auf BGE 51 III 37, übersah (?) aber, dass es sich dort um einen Pfändungsvollzug handelte, für den es eine solche Offenbarungspflicht des Dritten anerkannt hatte. Nicht nur, dass man im letztgenannten Entscheid vergebens nach einer näheren Begründung der Auskunftspflicht des Dritten sucht, diese Pflicht wurde sogar unbesehen auf den Arrestvollzug erstreckt.

Da dem Betreibungsbeamten keinerlei Zwangsmittel zu Gebote standen, bildete sich die unbefriedigende Praxis heraus, dass der Dritte, obwohl als auskunftspflichtig betrachtet, dennoch die Auskunft verweigerte und es damit ihm gegenüber sein Bewenden hatte; der Arrestvollzug musste dann aber als gescheitert gelten. Dieser Missstand veranlasste das Bundesgericht, auch bei der Aufnahme der Arrestgegenstände in die Arresturkunde von der Spezifizierung abzusehen, die ja bei der Pfändung noch nachgeholt werden könne (BGE 63 III 63 ff.). Sodann fragt es sich, wozu es einer Auskunft und einer Auskunftspflicht des Dritten bedarf, wenn doch der Arrestvollzug in der allgemeinen, vom Gläubiger angegebenen Umschrei-

(84) Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 111 f.; vgl. auch oben, S. 138 f..

(85) BGE 56 III 204; oder wo zumindest jede Verletzung einer solchen Pflicht ohne Sanktion bleiben muss; BGE 58 III 151 ff..

bung statthaft ist (86)? Auch das Bundesgericht hatte im grundlegenden BGE 56 III 47 eine solche Pflicht nicht uneingeschränkt bejaht, sondern "nur insoweit, als es zur Arrestierung der im Arrestbefehl aufgeführten Gegenstände nötig ist". Im Entscheid i.S. Amerikaner (BGE 63 III 63) - und auch in den späteren Urteilen - kommt es indessen nicht auf diesen eigentlichen Grund zur Annahme einer Offenbarungspflicht des Dritten zurück; "le Tribunal fédéral l'a (die Auskunftspflicht) maintenue sans prendre garde (ou, si l'on veut, tout se passe comme s'il ne prenait garde) que le besoin qui légitimait avait disparu" (87). Dass der ursprüngliche Sinn der Auskunftspflicht - die Ermöglichung des Arrestvollzuges - hinfällig geworden ist, lässt auch BGE 103 III 95 erkennen, wo zur Begründung dieser Pflicht nur mehr das Interesse des Arrestgläubigers angeführt wird, zu wissen, ob genügende Aktiven zur Deckung der geltend gemachten Forderung vorhanden seien oder nicht (88).

In fortschreitender Erkenntnis, dass der Arrestvollzug nicht einfach dem Pfändungsvollzug gleichgestellt werden könne, zog das Bundesgericht in BGE 66 III 30 ff. auch hinsichtlich der Auskunftspflicht des dritten Gewahrsamsinhabers die Konsequenz. Da beim Pfändungsvollzug bereits eine unbestrittene Forderung gegen den Schuldner bestehe, sei es gegeben, hier sowohl gegen ihn als auch gegen den Dritten die Vornahme der Pfändung wenn nötig zu erzwingen. Umgekehrt lasse sich der Arrestvollzug auch ohne Mitwirkung dieser Personen vornehmen (89). Das Betreibungsamt könne sich mit einer Aufnahme der Arrestgegenstände "par leur genre" begnügen, denn der Arrest involviere an sich schon die Pflicht

(86) "Dès l'instant où l'office n'a plus besoin de précisions pour exécuter le séquestre, l'obligation de le renseigner perd sa raison d'être"; Perrin in SJZ 46 (1950), S.189 und dortige Hinweise.

(87) Perrin, a.a.O. S. 189.

(88) Vgl. auch oben, S.144 f..

(89) So auch BGE 66 III 74.

des Dritten, sich nicht der Arrestobjekte zu entäussern. Direkte Zwangsmittel dürfen demnach erst bei der Pfändung und nicht schon beim Arrest angewendet werden (90), womit sich der Trennungsstrich zwischen den beiden Vollzugsarten weiter vertieft hat.

Mag das Bundesgericht auch anfänglich von der Gleichartigkeit des Pfändungs- und Arrestvollzuges überzeugt gewesen sein und keinen Grund gesehen haben, die Herübernahme der bereits früher für das Pfändungsverfahren statuierten Auskunftspflicht des Dritten abzulehnen, es hätte sich im Laufe seiner Praxisentwicklung gleichwohl die grundsätzliche Frage nach der Berechtigung dieser Pflicht im Arrestverfahren stellen müssen. Zumindest, als es den Arrestvollzug ohne Mitwirkung von Schuldner und Dritten oder die Anwendung von Zwangsmitteln im Pfändungs-, nicht aber im Arrestverfahren billigte, hätte sich eine Stellungnahme zu dieser Frage aufgedrängt. Sie zu beantworten, soll nachstehend versucht werden.

2. In der Natur des Arrestes bedingte Abweichungen

Ausgehend von der Tatsache, dass auch beim Arrest der Art. 91 SchKG aus dem Pfändungsrecht zur Anwendung gelangt, hält also das Bundesgericht dafür, dass der Drittgewahrsamsinhaber (91) dem Betreibungsamt auskunftspflichtig ist. Immerhin soll die Offenbarungspflicht erst entstehen, wenn im Arrestbefehl die Arrestgegenstände zumindest der Gattung nach bezeichnet sind (BGE 75 III 108 f. E. 2a); auch sind im Arrestverfahren Dritten gegenüber keine direkten Zwangs-

-
- (90) In BGE 63 III 73, einem mit BGE 66 III 30 identischen Fall, hatte sich das Bundesgericht bereits gegen die Anwendung von Zwangsmitteln zur Oeffnung von Behältnissen beim Arrestvollzug ausgesprochen.
- (91) Genau besehen erstreckt das Bundesgericht die Auskunftspflicht auch auf den Drittschuldner und geht damit weiter als im Pfändungsverfahren (s. oben, S.107 ff.); vgl. BGE 75 III 109, wo neben "espèces, titres ..." auch von "avoirs en compte de banque" die Rede ist, über die eine Bank Auskunft erteilen sollte; ebenso BGE 103 III 91 ff..

mittel statthaft. Wird hiermit den Eigenarten der beiden Betreibungsinstitute (Pfändung - Arrest) genügend Rechnung getragen?

Der Arrest ist - im Gegensatz zur Pfändung - nicht eine Vollstreckungsmassnahme, sondern dient lediglich der provisorischen Sicherung des Gläubigers (Funktioneller Unterschied). Er wird dem Gläubiger bewilligt, weil sich dieser in den meisten Fällen dem Schuldner gegenüber in einer Notlage befindet (92), wobei aber die Ansprüche des Gläubigers noch nicht feststehen (93). Anders beim Pfändungsvollzug, wo sie durch einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl festgestellt sind (Unterschiedliche Erwirkungsvoraussetzungen), was uns neben der Tatsache, dass die Pfändung ohne die Mitwirkung Dritter illusorisch würde, zur Annahme entsprechender Verfahrenspflichten bewog (94). Die Praxis der den Arrest bewilligenden Behörden stellt an die Glaubhaftmachung der Forderung geringe Anforderungen; die blossе Behauptung wird als genügend erachtet. Um den Ueberraschungscharakter im Sinne einer möglichst rasch zu vollziehenden Sicherungsmassnahme zu wahren, verzichtet das SchKG im Stadium der Arrestbewilligung auf ein genaues Kognitionsverfahren; so unterbleibt insbesondere eine Anhörung des Schuldners (95). Es bedarf also keiner Gewissheit, dass die Forderung in der angegebenen Höhe oder überhaupt besteht. Der Bestand steht im Zeitpunkt der Arrestbewilligung und, weil bis zum Kognitionsverfahren in der folgenden Zwangsvollstreckung keine Beweise durch den Gläubiger zu erbringen sind, auch während des Arrestvollzuges

(92) Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 103.

(93) SchKG 272: die Forderung ist "glaubhaft" zu machen.

(94) Vgl. oben, S.104 ff..

(95) Wird der Arrest bei Drittpersonen vollzogen, so erfährt der Schuldner regelmässig erst mit Zustellung der Arresturkunde von der erfolgten Beschlaglegung.

durchaus in Frage (96). Der Arrest wird in jedem Fall vorerst gültig vollzogen und dem Schuldner erst hernach Gelegenheit geboten, die Berechtigung der Beschlagnahme überprüfen zu lassen. Nichts hindert also den "Gläubiger", einen Arrest zu erwirken, auch wenn ihm in Wirklichkeit gar keine Forderung gegen den "Schuldner" zusteht.

Diese Besonderheiten des Arrestes sollten sich nach Auffassung des Bundesgerichtes (BGE 75 III 109) auch auf die Entstehung der Auskunftspflicht auswirken: "Comme il (der Arrest) constitue une mesure provisionnelle prise en faveur d'un créancier généralement dépourvu d'un titre exécutoire, on ne saurait exiger du débiteur et du tiers détenteur qu'ils procurent à l'office n'importe quelle donnée manquant au créancier. Ainsi en présence d'une ordonnance qui le chargerait de séquestrer "tous les biens du débiteur en mains de X", l'office ne pourrait enjoindre au tiers de révéler les objets qu'il possède, il faut au moins que l'ordonnance en indique le genre". Dadurch, dass man vom Gläubiger zur Begründung der Auskunftspflicht wenigstens eine gattungsmässige Bezeichnung der Arrestobjekte verlangt, wird zweierlei bezweckt; zum einen soll der gemäss SchKG 274 II Ziff. 4 dem Gläubiger obliegenden Pflicht, die mit Arrestbeschluss zu belegenden Werte zu nennen, Genüge getan werden; zum andern will man einem Missbrauch des Arrestes zur Vermögensspionage entgegen treten. In der Praxis wirkt sich diese Einschränkung der Auskunftspflicht indessen kaum aus, denn, ob jetzt der Gläubiger als Arrestgegenstand "sämtliches Vermögen des Schuldners bei der Bank X" oder die dort bestehenden

(96) Mit der Arrestaufhebungsklage kann der Schuldner allenfalls das Vorliegen eines Arrestgrundes anfechten, nicht aber den Bestand der Arrestforderung; überdies verweigert SchKG 279 I sowohl die Berufung als auch die Beschwerde gegen den Arrestbefehl.

"Kontoguthaben, Wertschriften sowie den Inhalt von Schrankfächern" bezeichnet, läuft auf dasselbe hinaus; beide Male wird der ganze mögliche Bankverkehr des Arrestschuldners erfasst, ohne dass aus letzterer Formulierung zwangsläufig auf ein genaueres Wissen des Gläubigers über das Schuldnervermögen zu schliessen wäre. Der Arrestnehmer braucht nicht einmal die Geschäftsbank des Schuldners zu kennen. Angesichts der internationalen Bedeutung der wichtigen Bankplätze in der Schweiz haben viele im Ausland wohnende Schuldner irgendwelche Beziehungen mit einer Bank, z.B. in Basel, Genf oder Zürich. Je dichter ein Gläubiger die in Frage kommenden Bankplätze mit solch allgemein gefassten Arrestbefehlen belegen lässt, desto grösser wird die Wahrscheinlichkeit, Werte des Schuldners zu erfassen. Das vom Bundesgericht aufgestellte Erfordernis der gattungsmässigen Umschreibung der Arrestgegenstände vermag demnach den Unterschied zwischen Pfändung und Arrest nicht in befriedigender Weise auf die Auskunftspflicht Dritter zu übertragen. Bedeutsam ist aber das Bestreben, die für das Pfändungsverfahren entwickelte Mitwirkungspflicht Dritter nicht uneingeschränkt auch im Arrestverfahren gelten zu lassen. Mit der Aufgabe der Spezifizierungspflicht des Gläubigers und der dadurch erleichterten Arrestnahme hat sich nun einmal die Problematik der Auskunftgabe im Arrestverfahren verschärft.

3. Die Problematik einer Auskunftgabe

Der Schuldner erfährt durch die Arrestlegung einen einschneidenden Eingriff in sein Vermögen, in seine Eigentumsrechte, und materieller Schaden ist nicht ausgeschlossen. Sofern die Arrestnahme gerechtfertigt ist, muss er diese Inkonvenienzen wohl oder übel auf sich nehmen. Im andern Fall haftet ihm der Arrestleger für den erlittenen Schaden (SchKG 273 I), wobei aber - wie dargelegt (97) - die Bedeutung dieser Haftungsnorm nicht überschätzt werden darf.

(97) Siehe oben, S. 130; vgl. auch den Sachverhalt in BGE 97 III 60 ff..

Seit der Zulassung des Gattungsarrestes und der damit verbundenen Auskunftspflicht Dritter gilt es, ein weiteres Moment zu beachten: das Interesse des Schuldners an der Wahrung seiner wirtschaftlichen Privatsphäre. Solange es nämlich Aufgabe des Gläubigers war, die mit Beschlag zu belegenden Vermögenswerte des Schuldners in Erfahrung zu bringen und im Arrestbegehren genau zu bezeichnen, musste der Dritte diesbezüglich keine Bedenken haben. Mit obiger Praxisänderung nahm das Bundesgericht in Kauf, dass "der Arrest in der Form des "Sucharrestes" dann und wann weniger um der Sicherung einer Forderung willen als zu dem Zwecke ausgewirkt wird, unter der Benützung der Auskunftspflicht Dritter die Vermögensverhältnisse bestimmter Personen auszuspiionieren" (98). Der Dritte läuft dabei Gefahr, einem "neugierigen Arrestimpetranten Handlangerdienste als Informationsquelle zu leisten" (99) und so die Persönlichkeitsrechte des Schuldners zu verletzen. Erleichtert wird dies durch den Umstand, dass der Dritte zur Auskunft angehalten wird, bevor der Schuldner auch nur von der Arrestbewilligung Kenntnis erhalten hat; dieser hat also erst gar nicht die Möglichkeit, sich gegen eine ungerechtfertigte Auskunftgabe zur Wehr zu setzen.

Eine statistische Erfassung des Sucharrestes beim Betreibungsamt ist unmöglich, da eine Arrestprosekution nicht bloss zufolge Fehlens einer Forderung unterbleiben kann; denkbar ist auch eine gütliche Einigung der Parteien, welche eine Zwangsvollstreckung hinfällig macht. Die Banken sind am ehesten in der Lage, Angaben zur Häufigkeit des Ar-

(98) Haab in ZBJV 69 (1933), S. 559.

Der Arrestnehmer beschränkt sich auf eine mehr oder weniger allgemein gefasste Erklärung über die Arrestobjekte und deren vermuteten Lageort; alles weitere überlässt er den Betreibungsbehörden, in der Erwartung, von diesen mit der Zustellung der Arresturkunde die gewünschten Angaben über den Arrestschuldner zu erlangen. Auf diese Weise können sicherheits- oder wettbewerbspolitische Interessen des Schuldners verletzt werden; Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 222, Ziff. 5.

(99) Meyer, S. 45.

restmissbrauches zu machen. Eine Untersuchung der in den letzten drei Jahren bei drei Grossbanken in der Stadt Zürich notifizierten Arreste ergab, dass durchschnittlich 6 von 10 Arrestverfügungen ins Leere schlugen, weil weder zum Arrestschuldner noch zu den in der Notifikation genannten Drittpersonen Geschäftsbeziehungen bestanden (100). Diese Zahl lässt erkennen, wie sehr der Gattungsarrest dazu beigetragen hat, dass Arreste erwirkt werden, obgleich konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Arrestobjekten fehlen. Würden die Banken - entgegen ihrer heutigen Praxis - bei jedem Arrest Auskunft geben unter Angabe, welche Werte sie besitzen und wieviel sie dem Arrestschuldner schulden, so läge die Zahl der Sucharreste um ein Vielfaches höher; dabei würde der Wirtschaftsspionage Tür und Tor geöffnet (101).

Auch angesichts dieser Gefahr bleibt der Schutz der Persönlichkeitsrechte des Schuldners - gleich jenem durch das Bankgeheimnis (oben, S. 45 ff.) - kein absoluter. So kann ein Eingriff durch ein besseres privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (102), was hier hinsichtlich des Arrestes zu prüfen ist.

4. Abwägung der Interessen

Der Arrest bezweckt, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögenswerte "überfallartig festzuhalten, zu sichern und dadurch einer kommenden Pfändung oder dem Konkursbeschlag zuzuführen" (103). Wie oben, S. 140 ff., ausgeführt,

-
- (100) Delachaux, S. 35 f., hat in einer früheren Untersuchung die Zahl der gegenstandslosen und daher wirkungslosen Arreste mit etwa 58% angegeben; die Schätzung Schaefers, SJZ 49 (1953), S. 339, Anm. 26, schwankt zwischen 45% und 55%.
- (101) Als Beispiel eines Sucharrestes, der in Richtung Wirtschaftsspionage weist, BGE 71 III 187 ff.; vgl. auch ZR 49 (1950), Nr. 122, sowie die bei Meyer, S. 82/84, angeführten Beispiele, in denen Staaten durch Agenten mit fingierten Forderungen Auskünfte über Guthaben ihrer Staatsangehörigen bei Schweizerbanken zu erlangen versuchten und damit auch öffentliche Interessen gefährdeten.
- (102) Vgl. oben, S. 37 f..
- (103) Fritzsche Band II, S. 200.

bedarf es hierzu - auch nach Auffassung des Bundesgerichtes - weder der Verifikation noch der Spezifikation der Arrestgegenstände; die an die Beschlagnahmeerklärung anknüpfende Verfügungssperre, die für Schuldner und Dritten gilt, und die zivil- und strafrechtlichen Folgen bei Missachtung dieser Sperre genügen zur Sicherstellung der Arrestforderung. Wenn also die Pfändung ohne die Mitwirkung Dritter illusorisch würde (oben, S. 106f.) so gilt dies nicht auch für den Arrest, weshalb sich hieraus nichts zur Begründung der Auskunftspflicht Dritter ableiten lässt.

In erster Linie an einer Auskunft interessiert ist der Arrestnehmer, der möglichst bald den Exekutionswert des beschlagnahmten Substrates kennen möchte, um sich über Nutzen und Notwendigkeit weiterer Vorkehren ein Bild machen zu können. Daneben möchte sich auch der Staat vergewissern, dass der spezielle Betreibungs- und Gerichtsstand am Arrestort (104) zu Recht besteht.

Andererseits ist natürlich der Schuldner daran interessiert, seine Vermögensverhältnisse nicht jedermann gegenüber offenlegen zu müssen. Darauf aber läuft die gegenwärtige Praxis mit der Annahme einer generellen Auskunftspflicht hinaus, denn solange sich die Arrestbewilligungsbehörde mit der blossen Glaubhaftmachung der Arrestgründe und der Arrestforderung zu begnügen hat und dabei mehr oder weniger large verfährt (105), solange wird es jedem Interessierten - ob Gläubiger oder nicht - möglich sein, einen Arrest zu erwirken.

Eine Abwägung beider Interessen muss stets dann zugunsten des Schuldners ausfallen, wenn der Arrest an-

(104) Siehe oben, S. 123.

(105) Ohne damit dem Arrestrichter einen Vorwurf zu machen, denn gerade die Feststellung, ob der Arrest um einer Forderung willen oder zu Informationszwecken verlangt wird, dürfte ihm im Einzelfall - ohne Anhörung des Schuldners - zumeist unmöglich sein.

schliessend nicht zur Zwangsvollstreckung führt (106). In besonderer Weise würde der Schuldner in seiner Privatsphäre getroffen, wenn der Auskunftgabe überhaupt keine Forderung zugrunde läge, wenn also der Arrest bloss Mittel ist, um schuldnerische Aktiven aufzuspüren. Diese Gefahr hat das Bundesgericht in neueren Entscheiden (107) in Zusammenhang mit der Bankspionage eigens hervorgehoben. Es ist denn auch bezeichnend, dass es die Androhung der Straffolgen von StGB 292 gegen eine auskunftspflichtige Drittperson vom Vorliegen einer durch einen Vollstreckungstitel ausgewiesenen Forderung abhängig macht (108). Wenn nämlich dem Arrest keine rechtsgültige Forderung zugrundeliegt und deshalb auch der Pfändungsvollzug unterbleiben müsste, ist der Schuldner in seinen Persönlichkeitsrechten zu schützen. Wie kann aber anlässlich des Arrestvollzuges die Frage nach dem Bestand der zu sichernden Forderung geklärt sein, wo doch vorgängig kein Kognitionsverfahren durchgeführt wurde? Das Bundesgericht geht offenbar davon aus, dass ein Vollstreckungstitel Gewähr dafür ist, dass die Arrestforderung zweifellos begründet ist (BGE 103 III 96). Dem muss aber nicht so sein, denn selbst ein gestützt auf einen rechtskräftigen Gerichtsentscheid erwirkter Arrest schliesst nicht aus, dass die Schuld seit Eröffnung des Urteils getilgt wurde (109)

-
- (106) Sei es, dass der Gläubiger freiwillig darauf verzichtet oder dass der Arrest aufgehoben wird bzw. die Arrestforderung sich im Kognitionsverfahren in der Arrestbetreibung als nichtexistent erweist; nicht aber, wenn die Arrestprosekution unterbleibt, weil der Schuldner den Gläubiger abgefunden hat.
- (107) BGE 102 III 8; 103 III 94 f. E. 4; 104 III 51 E. 4.
- (108) "Cette jurisprudence ... tient compte du fait que le séquestre constitue une mesure provisionnelle, souvent prise alors que l'existence de la créance est encore tout à fait incertaine": BGE 102 III 8.
- (109) Oder aber der Schuldner könnte eine andere befreiende Einwendung vorbringen, wenn er angehört würde; vgl. SchKG 81. Selbst wenn es dem Schuldner - entgegen Lehre (Fritzsche Band II, S. 230) und Rechtsprechung (BGE 93 III 76) - möglich wäre, die Tilgung bzw. Stundung einer solchen Forderung mit der Arrestaufhebungsklage geltend zu machen, würde dadurch nicht verhindert, dass der vorher angefragte Dritte bereits Auskunft erteilt hätte.

und dass der Arrestnehmer doch bloss Vermögenssspionage betreiben will. Die Forderung muss noch weniger begründet erscheinen, wenn sie lediglich durch eine Schuldanerkennung im Sinne von SchKG 82 I belegt ist oder gar nur behauptet wurde (110). Ohne Anhörung des Schuldners lässt sich nichts über den Bestand der Arrestforderung sagen und die Bedenken gegen einen Eingriff in die Privatsphäre des Schuldners bleiben bestehen. Diese werden auch nicht durch eine Haftungsnorm (SchKG 273 I) zugunsten des Schuldners ausgeräumt, denn abgesehen davon, dass solche Ansprüche gegen einen im Ausland wohnhaften Gläubiger kaum durchzusetzen sind (111), lassen sich die Folgen einer Auskunftgabe vielfach gar nicht mit einer Geldleistung wiedergutmachen (112).

Die vorstehenden Erwägungen zur Achtung der Privatsphäre stellen an und für sich auch die Auskunftspflicht des Schuldners in Frage. In beiden Fällen kann die Auskunftgabe einen ungerechtfertigten Eingriff in dessen Persönlichkeitsrechte bedeuten, ohne dass dies bei einer Auskunfterteilung durch Drittpersonen a priori häufiger eintreten müsste. Und dennoch gibt es gewisse Unterschiede.

Zum einen findet sich für die Mitwirkungspflichten des Schuldners im Arrestverfahren eine klare gesetzliche Grundlage (SchKG 275 i.V.m. 91), die nicht einfach übergangen werden darf (113). Auch musste das Bundesgericht - anders

-
- (110) Das Bundesgericht zählt sogar Rechtstitel, die zur provisorischen Rechtsöffnung ausreichen, zu den sog. Vollstreckungstiteln; BGE 102 III 9.
- (111) Erst recht gilt dies, wenn es der fremde Staat ist, der unter fadenscheinigen Vorgaben mittels des Arrestes nach Vermögen seiner Staatsangehörigen sucht, das vor seinem oft widerrechtlichen Zugriff gerettet werden konnte; vgl. auch oben, S. 130. Nur zu selten wird die Bewilligung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht.
- (112) Das Verheimlichen von im Ausland liegenden Vermögen bedeutete beispielsweise für die Juden im Nazi-Deutschland den sicheren Tod.
- (113) Dies im Gegensatz zu der aus der Praxis hervorgegangenen Auskunftspflicht Dritter.

als wie beim Arrestvollzug gegenüber Drittpersonen (oben S. 146) - keine Konzessionen machen; die Erfüllung dieser Pflichten lässt sich nötigenfalls erzwingen (114). Zum andern erschiene eine blossе Sperre der Arrestobjekte, ohne zu wissen, welche da genau betroffen sind und ob sie überhaupt existieren, angesichts der Notstandssituation (115), in der sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner zumeist befindet, als unzureichend. Die Versuchung, verarrestierte Gegenstände beiseite zu schaffen, um in der Arrestbetreibung zu behaupten, sie wären nie vorhanden gewesen, ist für den Schuldner zweifellos grösser als für Drittpersonen (116). Der Nachweis eines strafbaren Verstrickungsbruches (StGB 169) liesse sich dann kaum mehr erbringen (117) und die Strafnorm verlöre ihre Präventivwirkung. All dies sind Gründe, das Interesse des Schuldners an der Wahrung der Diskretion seiner wirtschaftlichen Privatsphäre vor dem besseren Recht des Gläubigers auf Auskunftgabe zurücktreten zu lassen.

Es ist indes zu beachten, dass der Gesetzgeber ehemals die Gefahr eines Arrestmissbrauches zur Vermögensspionage nicht voraussah. Ueberhaupt hat der Arrest mit der Oeffnung der Staatsgrenzen für Handel und Verkehr eine ungeahnte Bedeutung erlangt; ursprünglich zum Schutze von in der Schweiz domizilierten Gläubigern gedacht, wird der Arrest heute immer häufiger von im Ausland wohnenden Gläubigern benutzt; vielfach haben beide Arrestparteien ihren

-
- (114) Es sei denn, der Schuldner befinde sich im Ausland: BGE 58 III 154.
- (115) SchKG 271 Ziff. 1 - 4; die Arrestlegung ist für den Gläubiger oftmals die einzige Möglichkeit, um überhaupt zu seinem Recht zu gelangen.
- (116) Der Abschreckungseffekt von StGB 169 ist umso grösser, je weniger eigene Interessen im Spiele sind.
- (117) Anders bei Drittpersonen, etwa einer Bank, wo jeder Geschäftsvorgang die Erstellung von Schriftstücken mit sich bringt, deren Beseitigung oder Veränderung kaum unbemerkt bleiben könnte: BGE 103 III 95.

Wohnsitz im Ausland (118). Dies und der Umstand, dass ein Arrest so leicht zu erwirken ist, machen gewisse Bedenken auch gegen die Auskunftspflicht des Schuldners verständlich. Wir wagen die Behauptung, dass der Gesetzgeber heute mehr Rücksicht nähme auf die Persönlichkeitsrechte des Schuldners; oder aber er müsste auf andere Weise den verpönten Sucharresten einen Riegel schieben. Dies gerade in Fällen, da die Arrestgegenstände im Drittgewahrsam liegen, und wo demnach die Gläubigerbefriedigung weniger gefährdet ist. Wenngleich wir auf Grund der klaren Gesetzeslage nicht umhin kommen, dem Arrestschuldner eine Auskunftspflicht aufzuerlegen, so bedeutet dies nicht, dass die Privatsphäre des Schuldners beim Arrestvollzug gegenüber Drittpersonen nicht zu beachten wäre. Andernfalls hätte das Bundesgericht in den neuesten Entscheiden nicht wiederholt auf die Gefahr der Vermögensspionage hingewiesen (119).

Eine Gleichsetzung der beiden Fälle verbietet sich umso eher, als auf Seiten des Dritten beachtenswerte Gründe gegen eine Preisgabe der Vermögensverhältnisse des Schuldners vorliegen. So kann er sich vertraglich gegenüber dem Schuldner zur Geheimhaltung verpflichtet haben. Nicht nur der Dritte, auch der Staat hat ein Interesse daran, dass einmal übernommene Verpflichtungen gewissenhaft erfüllt werden, denn schliesslich gehört die Vertragstreue zu den Grundlagen der öffentlichen Ordnung. Eine Auskunftspflicht des Dritten belastet in jedem Fall dessen Vertrauensverhältnis zum Arrestschuldner und kann dadurch für gewisse Berufsträger zur Existenzfrage werden (s. oben, S. 33 ff.). Hierbei darf nicht unerwähnt bleiben, dass die herrschende

(118) "Unser Arrestrecht und zum Teil auch die entsprechende Gerichtspraxis stammen aus einer Zeit, in der die internationale Verflechtung unserer Wirtschaft noch keineswegs das heutige Ausmass erreicht hatte. Sie sind in verschiedenen Punkten nicht mehr zeitgemäss"; Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 217.

(119) BGE 102 III 8, 103 III 94 f., 104 III 51.

Lehre und Rechtsprechung (120) dem Dritten nicht die gleichen Schadenersatzansprüche wie dem Schuldner zuerkennt, weil sie den Schaden im Sinne von SchKG 273 auf die Verminderung des Schuldnervermögens einschränkt. Dadurch ist eine Drittperson, deren Vermögen sich durch einen ungerechtfertigten Arrest vermindert hat, genötigt, in Anwendung der allgemeinen Haftungsnormen von OR 41 ff. dem Gläubiger ein Verschulden nachzuweisen, um Ersatz zu erlangen. Auch sieht das Gesetz nicht vor, dass der Arrestnehmer zu einer Kautionsleistung zugunsten der vom Arrest betroffenen Dritten verhalten werden kann. Im Schadensfall steht also die an der Arrestlegung unbeteiligte Drittperson wesentlich schlechter da als der Schuldner, was bei der Statuierung ihrer Mitwirkungspflicht zu bedenken wäre. Schliesslich ist nochmals auf die verschiedene Bedeutung der Auskunftgabe im Pfändungs- und Arrestverfahren hinzuweisen. Während die Wirksamkeit des Pfändungsinstitutes weitgehend von der Auskunftgabe abhängt und daher für etwaige Drittinteressen an der Geheimhaltung kein Raum ist (121), gilt dies - wie wir sahen (oben, S. 140 f.) - nicht auch für den Arrest. Die Informationen dienen vorab dem Arrestnehmer, also privaten Interessen, und es ist nicht einzusehen, weshalb dieser besser zu stellen wäre als der Dritte, zumal die Berechtigung der Beschlagnahme noch offensteht (122).

Wie verhielte es sich, wenn die Auskunftspflicht des Dritten sich darauf beschränkte, dem Betreibungsamt wenigstens mitzuteilen, falls der Arrest ins Leere geschlagen hätte? Damit würde, anders wie bei der spezifizierten Nennung der Arrestobjekte, der Eingriff in die Privatsphäre

(120) Vgl. die diesbezügliche Zusammenstellung bei Albrecht, S. 31, Anm. 29 und 30, der diese Praxis kritisch durchleuchtet und sich aus Gründen der Gerechtigkeit gegen die genannte Beschränkung des Schadensbegriffes ausspricht.

(121) Siehe oben, S. 106 f..

(122) Vgl. hierzu auch die Kritik von Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 223.

des Schuldners zwar gemildert, jedoch keineswegs ausgeschlossen. Aus dem Schweigen der Drittperson auf eine solche Aufforderung hin wäre zu entnehmen, dass irgend ein Arrestobjekt vorhanden sein muss, was u.U. genügt, um den Schuldner im Ausland evtl. ungerechtfertigten Schwierigkeiten auszusetzen (123). Auch das Bundesgericht unterscheidet nicht zwischen umfassenden und weniger weitreichenden Auskunftsbegehren. Es hat in einem Fall, da eine Bank lediglich um Mitteilung ersucht wurde, ob die Arrestgegenstände vorhanden seien, sowie, ob und allenfalls bis zu welchem Betrag sie zur Deckung der Arrestforderung ausreichen, gleich entschieden, wie wenn eine spezifizierte Auskunft verlangt worden wäre, und die Androhung der Bestrafung nach StGB 292 vom Vorliegen einer durch einen Vollstreckungstitel ausgewiesenen Forderung abhängig gemacht (124). Dabei hat es - wie oben, S. 157 ff. - die gegenüberstehenden Interessen von Schuldner und Gläubiger abgewogen und in besonderer Weise auf die Gefahr der Bankspionage hingewiesen (125), die von jeder Art der Auskunftgabe profitiert.

Zur Ablehnung der Offenbarungspflicht Dritter trägt m.E. auch deren heutiger Stellenwert bei. Ursprünglicher Sinn dieser Pflicht war es, den Arrestvollzug zu ermöglichen (BGE 56 III 47). Mit der Vereinfachung des Arrestvollzuges verblieb die Auskunftspflicht gewissermassen als Relikt, um dem Gläubiger aufzuzeigen, ob der auf sein Begehren erfolgte Arrest zum Ziel geführt hat oder ob ein zweiter, auf andere Vermögenswerte bezogener Arrest zur Deckung der Forderung nötig ist. Auch sollte der Arrestnehmer davon abgehalten werden, sich in der Arrestprosequierung mit weiteren Kosten zu belasten, wenn doch der Arrest ins

(123) Vgl. oben, Anm. 112.

(124) BGE 103 III 91 ff.; vgl. auch einen ähnlichen Fall in ZR 74 (1975) Nr. 43, wo das Zürcher Obergericht jede strafrechtliche Androhung für Ungehorsam gegen einen renitenten Dritten im Arrestverfahren für unzulässig erklärte.

(125) BGE 103 III 95: "Il pericolo di spionaggio bancario, operato mediante i cosiddetti sequestri investigatori non è ipotetico, ma serio e tangibile".

Leere gelaufen ist. Dadurch aber, dass in der Praxis dieser Pflicht kaum nachgelebt wird und sie bloss sehr beschränkt erzwingbar ist, hat sie eigentlich nurmehr als Grundlage für ein Schadenersatzbegehren des Gläubigers Bedeutung. Dies aber ist unvereinbar mit dem Wesen einer vollwertigen öffentlichrechtlichen Pflicht (126). Für Pflichten, welche zwar bestehen, jedoch praktisch nicht vollstreckbar sind, d.h. der Naturalobligation des Privatrechtes analoge Rechtsgebilde, ist im öffentlichen Recht kein Raum.

Die Gläubigerbefriedigung ist - wie auf S. 161 dargestellt (127) - weniger gefährdet, wenn der Arrest bei Drittpersonen (und nicht beim Schuldner) vollzogen wird. Der Nachteil der Unsicherheit, welcher entsteht, falls vom Dritten keine Auskunft über Vermögenswerte des Schuldners erhältlich ist, darf dem Arrestnehmer zugemutet werden. Soweit braucht es erst gar nicht zu kommen, denn dem Betreibungsamt steht es offen, sich mit seinem Auskunftsbegehren direkt an den Arrestschuldner zu wenden (128), und dies unter Androhung von Straffolgen für den Ungehorsamsfall (129). Der Gläubiger wäre übrigens selbst bei

(126) Burckhardt, S. 26 ff. und 89 ff..

(127) Darauf deutet auch BGE 103 III 95 hin: "... nel mondo bancario ogni operazione suscita l'allestimento di scritture, la cui eventuale soppressione o alterazione da un lato difficilmente potrebbe passare inosservata e, d'all'altro, se operata, esporrebbe gli organi della banca a ben più gravi conseguenze sia sul piano civile che su quello penale".

(128) Die vom Schuldner gemachten Angaben darf der Dritte bestätigen, ohne sich des Geheimnisbruches schuldig zu machen. Das Betreibungsamt kann sich vom Schuldner auch bloss eine Ermächtigung zur Auskunftgabe zuhanden des Dritten geben lassen.

(129) StGB 323 Ziff. 2, es sei denn, der Schuldner wohne im Ausland; BGE 58 III 154.

einer Auskunfterteilung (130) seines Arresterfolges nicht gewiss, denn es könnten nachträglich noch Arrestobjekte infolge erfolgreicher Drittansprachen aus dem Arrestbeschluss fallen oder aber verarrestierte Guthaben sich als uneinbringlich erweisen (131). Streng genommen sollte der Arrestimpetrant bereits bei Stellung des Arrestbegehrens wissen, wieweit die Beschlagnahme Aussicht auf Erfolg hat, zumindest aber, ob am betreffenden Ort überhaupt schuldnerisches Vermögen vorhanden ist. Daran hat auch die Zulassung des Gattungsarrestes nichts geändert, womit lediglich die Umschreibung der Arrestobjekte gelockert, nicht aber dem Gläubiger das Wissen um deren Vorhandensein abgenommen wurde. Andernfalls könnte man darauf verzichten, vom Arrestnehmer die Angabe der Arrestgegenstände zu verlangen (SchKG 274 Ziff. 4), und deren Aufsuchen - gleich wie bei der Pfändung - dem Betreibungsbeamten auferlegen (132). Schliesslich ist beim Abwägen der Gläubigerinteressen - wie Schwager, S. 107, zu Recht ausführt - nicht zu übersehen, "dass es im Willen des Gläubigers stand, mit dem nun Schwierigkeiten bereitenden Schuldner geschäftliche Verbindungen anzuknüpfen, er mithin auch das Risiko der möglichen Zahlungsunmöglichkeit resp, -unwilligkeit auf sich genommen hat".

5. Die besondere Stellung der Bank

Die Interessenabwägung unter Ziff. 4 oben hat aufge-

-
- (130) Verneint der Dritte, Arrestobjekte zu besitzen, so darf das Betreibungsamt gegen den Willen des Dritten sich nicht selbst von der Richtigkeit der Auskunft überzeugen. Eine nähere Prüfung ist erst im Rahmen einer allfälligen Strafuntersuchung wegen Verstrickungsbruches zulässig; bis dahin sind die Gläubigerinteressen selbst bei einer Auskunftgabe nicht besser geschützt.
- (131) Bekanntlich müssen ja auch bestrittene Forderungen mit Beschluss belegt werden, vgl. oben, S. 71 f..
- (132) Der Arrestbefehl hat "die Angabe der mit Arrest zu belegenden Gegenstände zu enthalten (Art. 274 Ziff. 4) und nicht etwa das Betreibungsamt nach arrestierbaren Gegenständen des Schuldners im Betreibungskreise nachzuforschen"; BGE 56 III 45.

zeigt, dass bei der herrschenden Arrestbewilligungspraxis zumindest Bedenken gegen eine Auskunftspflicht Dritter im Arrestverfahren angebracht sind; dies auch unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips (133). In den meisten Fällen, in denen diese Auskunftspflicht streitig werden mag, wird nun der Dritte eine Bank sein, welche Vermögenswerte ihrer Klienten verwahrt. Hier sprechen noch weitere Gründe gegen die Auskunftspflicht. Während man sich bei einem anderen Dritten, etwa bei einem Verwandten oder einem Freund des Arrestschuldners, fragen kann, wie weit er ein legitimes Interesse an der Auskunftsverweigerung habe, kann die Bank für ihre ablehnende Haltung stichhaltige Gründe ins Feld führen. Da wäre einmal das Bankengesetz, welches dem Bankier eine ausdrückliche Schweigepflicht auferlegt, das Bankgeheimnis. Sodann ist zu beachten, dass praktisch nur die Bank der Gefahr der Sucharreste ausgesetzt ist, also derjenigen Arreste, welche durch missbräuchliche Herausnahme dieses Rechtsinstitutes bezwecken, ausfindig zu machen, wo ein Schuldner Vermögenswerte hinterlegt hat.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes (134) dürfen sich die Banken nicht hinter das Bankgeheimnis verschanzen, um den Betreibungsämtern die von diesen verlangten Auskünfte über das Vorhandensein und den Umfang der ihren Kunden zustehenden, mit Arrest belegten Vermögensstücke zu verweigern. Bei einer näheren Prüfung dieser Urteile fällt auf, dass unser höchstes Gericht zur Begründung seiner Ansicht stets auf frühere Entscheide verweist, ohne sich einmal die Frage nach dem Sinn und Zweck des Bankgeheimnisses zu stellen und ohne zu untersuchen, ob nicht ge-

(133) So sollte die Auskunftspflicht insbesondere kein Missverhältnis zwischen der Bedeutung des dadurch verfolgten Zweckes und dem damit (möglicherweise) verbundenen Opfer des Einzelnen (Schuldner/Dritten) bewirken; s. oben, S. 109 ff. mit Hinweisen.

(134) BGE 56 III 48; 75 III 108 f.; 100 III 28 f.; 101 III 63 f.; 103 III 92; 104 III 50.

rade im Arrestverfahren die ratio von Art. 47 BaG spielen sollte. Was die Auskunftspflicht als solche betrifft, macht es offensichtlich auch keinen Unterschied, ob der Bankier aus Anlass einer Pfändung oder eines Arrestes um Informationen angegangen wird (135). Dabei bleibt unberücksichtigt, dass der Auskunftgabe in den beiden Verfahren eine unterschiedliche Bedeutung zukommt, dass insbesondere die Folgen einer Auskunftsverweigerung sich nicht miteinander vergleichen lassen (oben, S. 140 f. und 165).

Anlass, die bankberufliche Schweigepflicht mit strafrechtlichem Schutz zu versehen (BaG 47), gab weniger das Wissen um die Bedeutung eines gesunden Bankwesens für unsere Wirtschaftsordnung (136), als vielmehr die Angst vor ausländischer Bankspionage (137). Dass dieser Gedanke heute noch gilt, wurde vom Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Bankengesetzes (BB1 1970 I, S. 1161 und 1163 unten) bestätigt; auch hat das Bundesgericht in neueren Entscheiden vermehrt auf die Gefahr der Bankspionage hingewiesen (138). Mit Recht, wie die folgenden Zahlen beweisen: in den Jahren 1976 bis 1978 wurden bei drei Grossbanken in Zürich durchschnittlich 150 Arreste pro Jahr notifiziert, wovon etwa 90 völlig ins Leere schlugen, weil im Zeitpunkt der Notifikation weder zum Arrestschuldner, noch zu den im Arrestbefehl genannten Drittpersonen Geschäfts-

(135) Vgl. BGE 56 III 48, wo erstmals im Arrestverfahren das Bankgeheimnis für unbeachtlich erklärt wurde, dies lediglich mit Hinweis auf einen Pfändungsentscheid (BGE 51 III 37). In BGE 104 III 50 wurde festgestellt, "dass das Bankgeheimnis grundsätzlich vor den betreibungsamtlichen Beschlagsrechten zurückzutreten hat".

(136) Die Aufgabe des Bankgeheimnisses würde ein steigendes Misstrauen gegenüber dem Bankverkehr und einen Rückzug wesentlicher Sparsummen vom Geld- und Kapitalmarkt bewirken, was seinerseits zur Verteuerung des Hypothekarkredites und der Kredite für Handel, Industrie und Gewerbe führen müsste.

(137) Siehe oben, S. 34, Anm. 20, und S. 43 ff..

(138) BGE 102 III 8; 103 III 94 f. E. 4; 104 III 51.

beziehungen bestanden. Dabei ist interessant zu wissen, dass gegen 90 % aller Arreste gestützt auf Ziff. 4 von Art. 271 SchKG erwirkt waren und dass bei rund der Hälfte aller Arreste auch der Arrestpetent im Ausland wohnte, womit ein Sucharrest möglicherweise sogar den Straftatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (StGB 273) erfüllt hätte. Es lässt sich leicht ausmalen, dass die Zahl insbesondere der von Ausländern vorgenommenen Sucharreste um einiges höher läge, wenn die Banken den an sie gerichteten Auskunftsbegehren regelmässig Folge leisteten. Gerade dies aber, die ausländische Bankspionage, wollte man mit der Einfügung der besonderen Strafbestimmung von Art. 47 BaG verhindern (139). Soll also die besagte Norm nicht zum toten Buchstaben werden, darf der Bankier - auch bei einer etwaigen Bejahung der Auskunftspflicht anderer Drittpersonen - nicht zur Preisgabe seines Berufsgeheimnisses verhalten werden. Eine Abwägung der in Frage stehenden Interessen (140) muss zum gleichen Ergebnis führen, zumindest solange, als es nicht möglich ist, die verpönten Sucharreste auszuschalten bzw. wirksam einzuschränken. "S'il est un domaine où le secret des banques doit jouer son rôle protecteur, c'est donc bien la procédure de séquestre" (141).

In diesem Lichte betrachtet, erscheint die seit ehedem praktizierte Auskunftsverweigerung der Banken gerechtfertigt (142); entgegen der Rechtsprechung muss demnach das

(139) Sten. Bull. StR 1934, S. 269.

(140) Siehe oben, Ziff. 4. Zu beachten ist ferner, dass allein die durch den Arrest bewirkte Verfügungssperre sich negativ auf unsere auslandorientierte Wirtschaft auszuwirken beginnt; vgl. Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 217 f.. Eine Auskunftspflicht der Banken würde das Ausland erst recht veranlassen, die Abwicklung des Zahlungsverkehrs und die Anlage von Devisenreserven in andere Länder zu verlegen. Vgl. auch die Ausführungen auf S. 47 ff. zum Geltungsbereich des Bankgeheimnisses.

(141) Perrin in SJZ 46 (1950), S. 189.

(142) Zuweilen teilt die Bank einem ihr bekannten Rechtsanwalt auf entsprechende Anfrage hin mit, dass sich die Arrestprosequierung in casu nicht lohnt.

Bankgeheimnis im Arrestverfahren gewahrt bleiben. Diese Lösung nimmt zwar dem Gläubiger jede Möglichkeit, bei einem Schweigen der Bank gegen sie einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Solange indessen der Staat aus Furcht, der Arrestgläubiger könnte seine Ansprüche in der Arrestbetreibung überhaupt nicht bzw. ohne Erfolg vorbringen, beim Arrestvollzug grundsätzlich keine Zwangsmittel einsetzen will, solange ist auch nicht einzusehen, weshalb ein die Mitwirkung versagender Dritter dem Gläubiger die finanziellen Nachteile der Nichtanwendung staatlicher Zwangsmittel abnehmen sollte (143). Ueberdies darf man sich zu Recht fragen, ob eine solche Klage jemals angestrengt worden sei; auch lässt sich mit Aubert (144) die Ansicht vertreten, dass das Risiko des Gläubigers nichts anderes sei als die Kehrseite der Tatsache, dass ein Arrest heute ohne weiteres bewilligt werde.

Vom Bankgeheimnis nicht berührt wird dagegen die mit dem Sicherungszweck des Arrestes unabdingbar verbundene Sperre des schuldnerischen Vermögens. Die diesbezügliche Empfehlung der Schweizerischen Bankiervereinigung (145) wird denn auch von den Banken befolgt (146). Eine Widerhandlung hiegegen liesse den Bankier nicht bloss schadenersatzpflichtig werden, sondern würde auch strafrechtliche Konsequenzen (StGB 169) nach sich ziehen. Immerhin wäre es zu wünschen, wenn alle Betreibungsämter eine Sperrlimite (147) bezeichnen, um so eine unnötige Schädigung des Arrestschuldners zu vermeiden. Die Banken ihrerseits

(143) Klingenberg, S. 99.

(144) Aubert/Kern/Schönle, S. 130 f.; ebenso Klingenberg, S. 99.

(145) Zirkular Nr. 87 D, S. 10: "Trotz dieser Weigerung (Auskunft zu erteilen) ist der Arrestbefehl indessen intern zu vollziehen. Es empfiehlt sich, dem Kunden vom Sachverhalt Kenntnis zu geben".

(146) Die Sperre erfasst die Werte, die im Zeitpunkt, in dem der Arrestbefehl der Bank notifiziert wird, vorhanden sind; näheres zu den damit zusammenhängenden Problemen bei Klingenberg, S. 100 ff..

(147) Vgl. hierzu auch oben, S. 142 ff..

müssten, falls der Vermögensstand ihres Kunden die Sperrlimite überstiege, in jedem Fall diesen Sperrbetrag garantieren, was u.U. bedingte, dass sie für allfällige Kurschwankungen eine Reserve einrechneten (148), über den Freibetrag könnte der Arrestschuldner verfügen.

EXKURS: Anmeldung eigener Retentions- oder Pfandrechte am verarrestierten Kundenvermögen

Wird eine gepfändete bzw. verarrestierte Sache (149) vom Schuldner als Eigentum oder Pfand eines Dritten bezeichnet oder von diesem selbst als solches beansprucht, so ist ein Widerspruchsverfahren (SchKG 106 - 109) durchzuführen. Unterlässt es der Dritte, seinen Anspruch anzumelden, und tut dies auch der Schuldner nicht, hat das Betreibungsamt keine Veranlassung, ein Widerspruchsverfahren einzuleiten, und der Anspruch bleibt in der hängigen Betreibung unberücksichtigt. Ueber die Frist, innert welcher der Dritte seine Rechte anmelden muss, damit sie noch berücksichtigt werden können, enthält das SchKG keine ausdrückliche Bestimmung. Immerhin räumt Art. 107 Abs. 4 einem Dritten, dem keine Klagefrist eröffnet wurde, das Recht ein, seine Ansprüche noch bis zur Verteilung des Verwertungserlöses geltend zu machen. Dessen ungeachtet hat das Bundesgericht eine Verwirkungsfrist angenommen, die es zunächst auf zehn Tage seit Kenntnismahme der Pfändung bzw. Arrestierung festlegte (BGE 37 I 465 ff. E. 2). In

(148) Klingenberg, S. 100, möchte das Verfügen über einen etwaigen Freibetrag davon abhängig machen, dass der Arrestschuldner der Bank die Ermächtigung zur Auskunftgabe erteilt. Damit würde die Bank jeder Verantwortung enthoben, der Kunde aber sähe sich in eine Zwangslage gestellt; entweder er entbindet die Bank von der Schweigepflicht und riskiert so die Folgen eines Sucharrestes, oder aber er nimmt den Schaden aus einer vollständigen Vermögenssperre in Kauf.

(149) Entsprechendes gilt, wenn behauptet wird, eine mit Beschlag belegte Forderung stehe nicht dem Betriebenen zu oder sie sei mit Pfandrechten belastet.

der Folge verzichtete es auf eine feste zeitliche Begrenzung der Anmeldefrist und stellte stattdessen darauf ab, ob sich die Verzögerung der Anmeldung nach den Umständen rechtfertigen oder doch entschuldigen lasse (BGE 48 III 49 ff.; 49 III 108 ff.; 64 III 13 ff.). Heute gilt, dass der Drittansprecher sein Widerspruchsrecht bloss verwirkt, wenn ihn der "Vorwurf der arglistigen Verzögerung" trifft, d.h. wenn er mit der "Anmeldung seiner Rechte ohne beachtlichen Grund längere Zeit zuwartet, obwohl ihm bewusst sein muss, dass er damit den Gang des Betreibungsverfahrens hemmt" (BGE 104 III 45 mit Hinweisen). Begründet wird die Annahme einer Verwirkungsfrist mit dem Bestreben des Gesetzgebers (150), Streitigkeiten über die Rechte Dritter an mit Beschlag belegten Gegenständen möglichst früh und rasch austragen zu lassen; dadurch werde der Gläubiger vor Schaden bewahrt, der ihm zufolge einer Verzögerung der Anmeldung durch unnötige Kosten oder durch Verlust der Möglichkeit, sich hinreichend Nachdeckung zu verschaffen, erwachsen könnte.

Amonn (151) hat diese Rechtspraxis mit Hinweis auf den Rechtsschein des Gesetzes (SchKG 104 IV) kritisiert und sich für eine Ersetzung der brutalen Rechtsverwirkung durch eine Schadenersatz- und eine de lege ferenda mögliche Kautionspflicht des säumigen Drittansprechers ausgesprochen (152).

Das Bundesgericht sah in der vorgeschlagenen Lösung einen bloss unvollkommenen Schutz der Gläubigerinteressen

(150) Wie dies den kurzen Verwirkungsfristen für die Bestreitung von Drittansprachen und für die Klage auf An- oder Aberkennung solcher Ansprachen (Art. 106 Abs. 2, 107 Abs. 1 und 109 SchKG) zu entnehmen sei; BGE 104 III 46 mit Hinweisen.

(151) Amonn in ZBJV 114 (1978), S. 12 ff.

(152) Die Annahme der Verwirkung rechtfertige sich nur, wenn die Berufung auf Art. 107 Abs. 4 SchKG geradezu rechtsmissbräuchlich wäre.

und lehnte daher eine Praxisänderung ab (BGE 104 III 47 f.).

Vorliegend - wie auch in der Praxis - von grösserem Interesse ist die Kritik Amonns daran, dass das Bundesgericht hinsichtlich der Verwirkung des Drittanspracherechtes nicht zwischen Arrest und Pfändung unterscheide. Zu Recht weist er auf den durch die andersartige Funktion bedingten wesentlich verschiedenen rechtlichen Charakter der beiden Beschlagsarten hin. Solange das fragliche Vermögensstück erst mit einem vorläufigen Sicherungsbeschluss belegt sei, habe der Dritte noch keinen zwingenden Anlass, durch Anmeldung seines Rechts einen unter Umständen nutzlosen und oft kostspieligen Widerspruchsprozess heraufzubeschwören, denn, ob der Arrest überhaupt aufrechterhalten bleibe und erfolgreich bis zur Pfändung prosequiert werde, stehe noch völlig offen. Das Interesse des am Verfahren unbeteiligten Dritten, vor unnötigem Aufwand und Umtrieben verschont zu werden, gehe dem Interesse des Arrestgläubigers, möglichst bald den Exekutionswert des beschlagnahmten Substrats zu kennen, um sich über Nutzen und Notwendigkeit weiterer Vorkehren ein Bild machen zu können, vor. Vorbehalten bleibe auch hier die allfällige Schadenersatzpflicht des Drittansprechers. Im Ergebnis zielt Amonn darauf ab, dass das Widerspruchsverfahren nicht schon im Anschluss an den Arrest, sondern erst nach erfolgter Pfändung in Gang gesetzt werde. Dem hat das Bundesgericht die Verweisungsnorm von SchKG 275 entgegengehalten, gestützt auf die das Widerspruchsverfahren bereits im Arreststadium durchzuführen sei (BGE 104 III 48). Nun aber ist diese Bestimmung seit der Zulassung des Gattungsarrestes des öfteren freizügig gehandhabt worden - es sei hier bloss an den Verzicht auf eine seriöse Schätzung (SchKG 97) oder an die Aufgabe der Inverwahrungsnahme von Kostbarkeiten (SchKG 98 I) im Falle eines renitenten Drittgewahrsamsinhabers erinnert (153) -, so dass dieser Grund allein nicht durchschlägt. Im übrigen

(153) Siehe auch oben, S. 146.

führt das Bundesgericht zur Verteidigung der Verwirkungsfolgen die besseren Interessen des Arrestgläubigers an. Auf Seiten des Drittanstprechers steht aber nicht bloss sein Interesse, unnötige (154) Widerspruchsprozesse zu vermeiden; mit der Anmeldung seiner Vorzugsrechte müsste er in jedem Fall (155) auch die Vermögensverhältnisse des Arrestschuldners offenlegen, weshalb hier die gleichen Bedenken gelten wie bei der Statuierung einer Auskunftspflicht des Dritten (s. oben, S. 157 ff.). Sodann dürfte die Interessenabwägung nicht mehr so ohne weiteres zugunsten des Gläubigers ausfallen; ja, es scheint uns, die von Amonn aufgezeigte Lösung (156) verdiente unter den gegebenen Umständen den Vorzug, nicht zuletzt, weil sie auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip besser Rechnung trägt.

Im selben Entscheid (BGE 104 III 50 f.) hat sich das Bundesgericht des weiteren gefragt, ob bei Banken die Berufung auf das Bankgeheimnis nicht schlechthin als beachtlicher Grund für die Verzögerung der Anmeldung von Drittanstprüchen anerkannt werden sollte. Es hat dies abgelehnt mit Hinweis auf seine Praxis, wonach das Bankgeheimnis grundsätzlich vor den betreibungsamtlichen Beschlagsarten zurückzutreten habe: "müssen aber die Banken dem Betreibungsamt ohnehin Auskunft erteilen über die bei ihnen deponierten Gegenstände Dritter, die mit Arrest belegt sind, so können sie durch die Anmeldung ihrer Drittrechte die Pflicht zur

-
- (154) Weil der Gläubiger den Arrest gar nicht prosequiert oder weil er im Arrestprosequierungsprozess unterliegt.
- (155) Also auch, wenn es dem Arrestnehmer zum vorneherein nur darum geht, mittels des Arrestes schuldnerisches Vermögen aufzustöbern.
- (156) Danach wäre es möglich, den Dritten, der ohne beachtlichen Grund, aus Nachlässigkeit oder bösem Willen, mit der Anmeldung seines Anspruches allzu lange wartet, für den von ihm auf diese Weise schuldhaft verursachten Schaden zur Verantwortung zu ziehen. Zu seiner Entlastung müsste jedoch die Glaubhaftmachung eines Sucharrestes genügen.

Wahrung des Bankgeheimnisses nicht verletzen" (157). Ebenso logisch muss man zum gegenteiligen Ergebnis gelangen, wenn man - wie wir (oben Ziff. 5) - der bankberuflichen Schweigepflicht den Vorrang einräumt gegenüber der Auskunftspflicht. Selbst nach der heutigen Rechtsprechung zur Auskunftspflicht im Arrest stört die Bank nicht arglistig den Gang des Verfahrens, wenn sie ihren Anspruch nicht sofort anmeldet (158), weil sie sich an das Bankgeheimnis gebunden glaubt (159). "En tout état de cause, le fait que le banquier est créancier-gagiste ne saurait iustifier en soi une observation moins stricte du secret bancaire auquel a droit son client" (160).

6. Die Auskunft auf Verlangen des Arrestschuldners

Ist es der Schuldner selbst, der den Dritten zur Auskunftgabe an das Betreibungsamt ermächtigt oder ihn gar dazu auffordert, so gibt es für diesen keinen Grund mehr,

-
- (157) Immerhin hat es ein Abweichen von diesem Grundsatz offengelassen für den Fall, dass es der Bank gelingen sollte, in concreto einen Sucharrest (oder anderweitige berechtigete Interessen, das Bankgeheimnis vorderhand nicht zu lüften) glaubhaft zu machen.
- (158) Auch kann sich die Quantifizierung eigener Ansprüche mitunter als recht schwierig erweisen, z.B., wenn im Fall einer Akkreditivnegoziierung der Rembours auf die eröffnende Bank (bzw. deren Korrespondenzbank) nicht so ohne weiteres durchgeführt werden kann bzw. wenn nicht feststeht, ob ein solcher Rembours erfolgreich war oder nicht.
- (159) Deshalb erübrigt sich auch der vom Bundesgericht vorbehaltene Entlastungsbeweis (oben, Anm. 157).
- (160) Aubert/Kernen/Schönle, S. 132, welche mit Recht die von der Schweizerischen Bankiersvereinigung im Zirkular Nr. 87 D, S. 10, gegebene Empfehlung, Bankansprüche schon im Zeitpunkt des Arrestvollzuges anzumelden, kritisieren. Hierdurch würden die Einwände gegen eine Auskunftspflicht der Banken im Arrest leichtfertig verdrängt und die Interessen des Kunden den Befürchtungen der Bank zu schnell geopfert.

die notwendigen Angaben zu verweigern (161). Der Schuldner wird wohl am besten die Gefahr eines Sucharrestes abschätzen bzw. die Berechtigung der Beschlaglegung beurteilen können. Zumeist geht es in solchen Fällen um eine Bestätigung der bereits vom Arrestschuldner erteilten Auskünfte. Insoweit könnte man von einer berechtigten Auskunftspflicht Dritter sprechen.

7. Die Oeffnungs- und Herausgabepflicht

Ein Drittgewahrsamsinhaber ist im Pfändungsverfahren nicht bloss auskunfts- und vorzeigepflichtig (162); er hat auch - unter bestimmten Voraussetzungen- durch Oeffnen seiner Räumlichkeiten und Behältnisse den Vollzugsbeamten in den Stand zu setzen, selbst nach pfändbaren Gegenständen des Schuldners zu suchen (163), und die gepfändeten Sachen zwecks amtlicher Verwahrung oder zur Verwertung herauszugeben (164).

Wieweit haben diese weiteren Mitwirkungspflichten auch im Arrestverfahren Geltung? Sicher ist, dass eine allfällige Verwertung erst im Anschluss an die Arrestbetreibung erfolgt, so dass auch die diesbezügliche Herausgabepflicht zuwarten kann. Was das Aushändigen zur amtlichen Verwahrung betrifft, hat die Rechtsprechung (165) eine entsprechende, wenn auch nicht erzwingbare Verpflichtung des Drittbesitzers bejaht. Dem ist zuzustimmen, sofern der Schuldner selbst das Vorhandensein der Arrestgegenstände zugegeben und damit die Gefahr eines Sucharrestes auf sich genommen hat; sonst aber involvierte die Herausgabepflicht eine Auskunftgabe, weshalb hier dieselben Bedenken gelten wie bezüglich der

(161) Eine rechtswidrige Verletzung des Bankgeheimnisses liegt nicht vor; vgl. oben, S. 45 f..

(162) Siehe oben, S. 110 ff. und S. 117 ff..

(163) Siehe oben, S. 113 ff. und S. 117 ff..

(164) Siehe oben, S. 116 ff..

(165) BGE 75 III 109 E. 2b; ZR 74 (1975), Nr. 43 E. 2b.

Auskunftspflicht (166). Bestehen schon begründete Zweifel an einer aus SchKG 91 I abgeleiteten Auskunftspflicht des Dritten im Arrestverfahren, so kann eine solche erst recht nicht aus Art. 98 Abs. 1 entwickelt werden (167), der lediglich die Sicherung des Verwertungssubstrates im Auge hat. Der mit der Inverwahrungsnahme verfolgte Sicherungszweck wird in solchen Fällen durch die Sperrverfügung und ihren zivil- und strafrechtlichen Folgen für den Widersetzungsfall hinreichend gewährleistet. Aber auch die pfändungsrechtliche Oeffnungspflicht lässt sich nur bedingt auf das Arrestverfahren übertragen. Sie kann dann nicht verneint werden, wenn der Dritte den Gewahrsam an den genau bezeichneten Arrestgegenständen zwar zugibt, sich aber weigert, diese dem Beamten vorzuweisen. Wird der Gewahrsam indessen offengelassen oder gar bestritten - so wird dadurch - anders als wie bei der Pfändung - die Beschlaglegung nicht vereitelt. Eine Hausdurchsuchung wäre dann ein zu schwerwiegender Eingriff in die Privatsphäre des Dritten, zumal die Berechtigung der Arrestforderung noch offensteht; hinzu kämen wiederum dieselben Bedenken wie bei der Auskunftspflicht.

VI. Fazit: Suche nach einer ausgewogeneren Lösung

Eingangs dieses Paragraphen stellten wir die Frage, inwieweit die für das Pfändungsverfahren gefundenen Mitwirkungspflichten Dritter gestützt auf die Verweisungsnorm von SchKG 275 auch im Arrestverfahren Geltung haben. Wir untersuchten in der Folge die vom Bundesgericht in massgebender Weise geprägte Vollzugspraxis und stellten fest, dass sie sich im Laufe der Zeit gewandelt hat und dass sich bedeutende Unterschiede gegenüber dem Pfändungsvollzug herausgebildet haben.

(166) Siehe oben, S.155 ff.; die Inverwahrungsnahme nach SchKG 98 ist ebensowenig ein Gültigkeitserfordernis des Arrestes wie die Verifikation und Spezifikation der Arrestobjekte; sie wird allein im Interesse des Arrestnehmers angeordnet.

(167) Vgl. auch Perrin in SJZ 46 (1950), S. 189.

Galt ursprünglich ein Arrest, bei dem sich das Betreibungsamt weder vom Vorhandensein der in Dritthand liegenden Arrestgegenstände überzeugen noch diese einzeln aufzeichnen konnte, als gescheitert, so änderte sich dies seit BGE 63 III 63 ff.. Die Zulassung des Gattungsarrestes (BGE 56 III 44 ff.) hatte sich negativ auf die Mitwirkungsbereitschaft v.a. der Banken ausgewirkt, so dass es damals nur zwei Möglichkeiten gab, dem Arrestgläubiger den durch dieses Institut bezweckten Rechtsschutz sicherzustellen: entweder man erleichterte den Arrestvollzug durch Verzicht auf eine Verifikation und Spezifikation der Arrestobjekte, oder aber man musste dem Vollzugsbeamten die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Zwangsmittel gegenüber renitenten Drittpersonen zur Verfügung stellen. Das Bundesgericht entschied sich für ersteres und trug dadurch dem provisorischen Charakter des Arrestes Rechnung. Demzufolge verblieb als Gültigkeitserfordernis des Vollzugsaktes die Beschlagnahmeerklärung und die damit angeordnete Sperre über das Vollstreckungssubstrat. Wenn nun weiterhin Drittpersonen zur Auskunftgabe bzw. zum Vorzeigen der Arrestobjekte angehalten wurden, so nicht um der Gültigkeit des Arrestvollzuges willen, sondern vorab, um dem Gläubiger Gewissheit über den Arresterfolg zu verschaffen. Der Arrest kommt also - anders als die Pfändung - auch ohne die Mitwirkung von Schuldner und Dritten aus: er wird nicht illusorisch, denn der Zweck des Arrestes - die Vermögenssicherung - wird durch eine Verfügungssperre gewährleistet. Dies aber war bei der Pfändung das Hauptargument für die Annahme der Mitwirkungspflichtigen Dritter; dessen Fehlen bedingt daher eine neue Interessenabwägung.

Auszugehen ist von der Tatsache, dass der Arrest keine Vollstreckungsmassnahme darstellt, sondern lediglich der provisorischen Sicherung eines Gläubigers dient, dessen Ansprüche noch nicht ausgewiesen sind. Nicht bloss, dass der Schuldner die Berechtigung der Arrestlegung erst nach deren Vollzug überprüfen lassen kann; die in Dritthand lie-

genden Arrestobjekte werden gar beschlagnahmt, noch bevor er vom Arrest Kenntnis erhalten hat. Die Haftungsnorm von SchKG 273 bietet dem Schuldner wohl einen - nicht immer wirksamen - Schutz gegen eine ungerechtfertigte Vermögenssperre, sie vermag jedoch nicht, den mit der Auskunftgabe bewirkten Eingriff in die wirtschaftliche Privatsphäre wiedergutzumachen. Diese wird gerade seit der Zulassung des Gattungsarrestes und der dadurch erweiterten Auskunftspflicht verstärkt betroffen; nur zu oft ist der Arrestnehmer nicht an der Sicherung einer Forderung interessiert, sondern daran, auf diesem Weg die Vermögensverhältnisse des Arrestschuldners auszuspionieren. Der Sorge um die Persönlichkeitsrechte des Schuldners steht andererseits das verständliche Interesse des loyalen Arrestnehmers gegenüber, den Exekutionswert der beschlagnahmten Vermögensstücke zu erfahren, um sich über Nutzen und Notwendigkeit weiterer Vorkehren ein Bild machen zu können. Diesfalls ist jede Auskunftspflicht gerechtfertigt; umgekehrt aber muss der Arrestschuldner bei Sucharresten geschützt werden. Diese rechtzeitig, d.h. vor der Auskunftgabe zu erkennen und auszuschalten, darin liegt das zu lösende Problem. Gerade beim Arrestvollzug gegenüber Drittpersonen hat der Schuldner nicht einmal Gelegenheit, einen diesbezüglichen Einwand vorzubringen, oder aber vom Arrestgläubiger die Stellung einer Kautionsleistung zu verlangen. So gesehen vermag die vom Bundesgericht statuierte generelle Auskunftspflicht nicht zu befriedigen: zu einseitig werden die Interessen des Arrestnehmers geschützt, der überdies von der erleichterten Arrestlegung (Gattungsarrest) profitiert.

Aber nicht nur der Schuldner hat Grund, mit der heutigen Lösung unzufrieden zu sein; auch Dritte sehen ihre Interessen an der Wahrung der Privatsphäre des Schuldners unberücksichtigt. Sie können den Arrestnehmer weder zu einer Kautionsleistung verhalten lassen, noch sind sie im Schadensfall durch die arrestrechtliche Haftungsnorm gedeckt. Spricht man von Dritten, so sind damit in erster Linie die

Banken gemeint, denen durch Art. 47 BaG eine ausdrückliche Schweigepflicht auferlegt wird. Seinerzeit gerade aus Furcht vor ausländischer Vermögensspionage aufgestellt, verlöre diese Norm einen ihrer wichtigsten Anwendungsbereiche, wenn die Banken den an sie gerichteten Auskunftsbegehren Folge leisteten.

Andererseits muss aber auch gesehen werden, dass ein allgemeiner Verzicht auf eine Auskunftspflicht gleichfalls keine Ideallösung darstellt. Nicht nur, dass ein seriöser Arrestnehmer dadurch benachteiligt werden könnte, man nähme obendrein in Kauf, dass zahlreiche Arrestbetreibungen und Arrestprosequierungsprozesse durchgeführt würden, bei denen sich erst im nachhinein herausstellte, dass mangels eines Arrestobjektes der Betreibungs- bzw. Gerichtsstand nur scheinbar vorlag.

Aus diesen Ueberlegungen erhellt, dass man von einer Mitwirkung Dritter im Arrestverfahren wohl kaum absehen kann; sie machen aber auch deutlich, dass der Rechtszustand, wie er sich in der Praxis herausgebildet hat, nach verschiedenen Richtungen unbefriedigend ist. Unbefriedigend für den Dritten, namentlich für die Banken, welche - von einer Bestrafung nach StGB 292 bzw. BaG 47 abgesehen, Gefahr laufen, im Falle der Verletzung der Auskunftspflicht vom Arrestgläubiger und im Falle der Erfüllung dieser Pflicht evtl. von ihrem Kunden, dem Arrestschuldner, auf Schadenersatz belangt zu werden. Der Dritte soll wohl in gleichem Masse mitwirkungspflichtig sein wie der Arrestschuldner, nicht aber an den diesem eingeräumten Rechten (Kausalhaftung im Schadensfalle/Kaution) teilhaben können. Unbefriedigend aber auch für den Staat (168), weil der nur beschränkt

(168) Und damit für jeden Steuerzahler, da die Kosten nutzloser Verfahren bloss zum Teil durch die Gebühren gedeckt werden. Die Auskunftsverweigerung Dritter lässt zwar den Arrestgläubiger in der Regel im Ungewissen über den Arresterfolg; er ist jedoch abgesichert durch die Schadenersatzpflicht des renitenten Dritten.

erzwingbaren (evtl. Strafsanktion) Auskunftspflicht Dritter kaum nachgelebt wird und daher ein zu Unrecht angenommener Betreibungs-/Gerichtsstand lange unaufgedeckt bleibt. Ursache dieser fehlenden Mitwirkungsbereitschaft ist der ständige Versuch, den Arrest zur Vermögensspionage zu missbrauchen, was wiederum durch die geringen Anforderungen an die Arrestwirkung erleichtert wird. Auch verdienten die Persönlichkeitsrechte des Arrestschuldners einen besseren Schutz. Daher drängt sich eine Aenderung des derzeitigen Rechtszustandes auf. Im folgenden Abschnitt soll aufgezeigt werden, was der Gesetzgeber allenfalls vorgehen könnte, um eine ausgewogenere Lösung zu finden.

VII. De lege ferenda

Sollen die für das Pfändungsverfahren geltenden Mitwirkungspflichten Dritter analog auch im Arrestverfahren anwendbar sein (169), so ist die Rechtsstellung dieser Drittpersonen zu verbessern und gleichzeitig dafür zu sorgen, dass Sucharreste verhindert bzw. rechtzeitig erkannt und ausgeschaltet werden können.

1. Massnahmen zum Schutze der Drittinteressen

a) Einbezug des Drittschadens in die arrestrechtliche Haftungsnorm

"Der Gläubiger haftet für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenden Schaden" (SchKG 273 I). Dabei hat es die Meinung, dass bloss Mängel der Arrestbewilligung, nicht auch Mängel des Arrestvollzuges, den Ar-

(169) Ein Verzicht auf die Mitwirkung Dritter im Arrestverfahren liesse die Interessen des Gläubigers sowie diejenigen des Staates unberücksichtigt und kommt somit weniger in Frage.

rest ungerechtfertigt machen (170), wenn also kein Rechtsgrund für das Vorgehen des Arrestgläubigers gegeben war. Die Haftung entsteht ex lege und unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Arrestnehmers (171). Als Schaden gilt - so die herrschende Lehre und Rechtsprechung (172) - nicht etwa jede durch einen Arrest bewirkte Vermögensverminderung (173), sondern bloss der dem Schuldner erwachsende unmittelbare Vermögensschaden, der auf die Behinderung in der Verfügung über die Arrestgegenstände zurückzuführen ist.

Dass ein durch den Arrest geschädigter Dritter im Gegensatz zum Schuldner dem Gläubiger ein Verschulden soll nachweisen müssen, um Ersatz zu erlangen (OR 41 ff.), wirkt stossend. Denn meist ist der Dritte an der Arrestlegung ganz unbeteiligt gewesen, während der Schuldner sie oft noch gefördert hat und daher eher weniger Schutz verdiente als der Dritte. Albrecht (174) hat die Argumente des Bundesgerichtes (in BGE 67 III 93 ff.) für die Beschränkung des Schadens im Sinne von SchKG 273 I auf Verminderung des Schuldnervermögens einlässlich untersucht und sie auf überzeugende Weise widerlegt; ja, es erwies sich sogar, dass Gründe der Gerechtigkeit gegen eine solche Beschränkung sprechen. Aber auch die weitere Einschränkung des Schadensbegriffes, dass bloss ein unmittelbarer Schaden

(170) Albrecht, S. 24 f. mit Verweisungen; so wenn ein Gericht feststellte, dass kein Arrestgrund oder keine Forderung vorlagen, aber auch, wenn sich die Arrestbewilligung auf eine zu hohe oder pfandgesicherte Forderung oder auf ein nicht dem Schuldner gehörendes bzw. fehlendes Arrestobjekt bezog; Albrecht, S. 26 ff..

(171) Fritzsche Band II, S. 242 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

(172) Vgl. die Zusammenstellungen bei Albrecht, S. 31, Anm. 29 und 30.

(173) Wie dies die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechtes vermuten lassen könnten; Oftinger Band I, S. 40.

(174) Albrecht, S. 31 bis 35.

zu ersetzen sei, lässt sich nicht aufrechterhalten, zumal Gründe für diese Einschränkung nie genannt wurden und sich schwerlich finden liessen (175). Auch spricht Art. 273 Abs. 1 SchKG vom Schaden schlechthin und unterscheidet nicht zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden. Beide Einschränkungen könnten übrigens aufgegeben werden, ohne dass das SchKG revidiert werden müsste; eine Praxisänderung des Bundesgerichtes würde durchaus genügen.

Es fragt sich sodann, wann eine Drittperson von der Kausalhaftung Nutzen ziehen könnte. In erster Linie wird dies jener Dritte sein, dessen Vermögen verarrestiert wurde und der seine Eigentumsansprüche erfolgreich durchgefochten hat (176); dann aber auch - und vorliegend von besonderem Interesse - ein mitwirkungspflichtiger Dritter. Wir denken hier an eine schweizerische Bank, welche ein Akkreditiv bestätigt und vom Exporteur die Dokumente zur Weiterleitung an die im Ausland domizilierte Bank des Käufers erhalten hat. Werden diese Papiere - meist Konossemente - durch einen Arrest blockiert (177), so entbindet dies die bestätigende Bank nicht von ihrer Zahlungspflicht. Sie riskiert infolge der Verfügungssperre, von ihrer Korrespondenzbank keine Deckung mehr zu erlangen (178). Hinzu kommen allfällige Lagergebühren, Schiffsmieten etc.; auch können bei ver-

-
- (175) Albrecht, S. 35 f.; einen Schritt in dieser Richtung hat das Bundesgericht in BGE 93 I 284 E. 5b getan, als es einen kantonalen Entscheid, der eine Arrestkaution zur Deckung der dem Arrestschuldner im Arrestprosequierungsprozess entstehenden Kosten zuliess, nicht für willkürlich erachtete.
- (176) Nachdem es sogar zulässig ist, den Arrest auf Sachen und Guthaben zu legen, die angeblich dem Schuldner gehören, dem Namen nach aber einem Dritten zustehen (s. oben, S. 127 f.), kommt dieser Gruppe eine grosse Bedeutung zu.
- (177) Die Bezeichnung der Arrestobjekte in den Arrestbegehren wird ständig umfassender, nicht aber konkreter. Zuweilen kann ein solch umfassender Arrestbeschluss den gesamten Zahlungsverkehr zum Erliegen bringen; vgl. hierzu das von Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 217 f. angeführte Beispiel.
- (178) Etwa, weil die ausländische Bank das schweizerische Vollstreckungsrecht nicht anerkennt.

derblicher Ware die Dokumente infolge der Sperre wertlos werden. War die Arrestnahme ungerechtfertigt, so soll der Arrestnehmer auch dieses Schadensrisiko tragen (179).

Die Einbeziehung des Drittschadens in die arrestrechtliche Haftungsnorm käme den zu Unrecht vom Arrest betroffenen Drittpersonen im Schadensfall zugute. Darüber hinaus hätte sie auch eine präventive Wirkung, da die Arrestnehmer nunmehr gezwungen wären, bei der Bezeichnung der Arrestobjekte etwas mehr Sorgfalt walten zu lassen. Dieser Schritt wäre eine natürliche Folge der erleichterten Arresterwirkung und würde diese nicht ungebührlich erschweren.

b) Möglichkeit, eine Sicherheitsleistung zu beantragen

Selten sind die Fälle, in denen der Arrestrichter von sich aus dem Arrestnehmer die Leistung einer Sicherheit auferlegt; regelmässig bedarf es eines Kautionsbegehrens seitens des Arrestschuldners. Dabei wäre eine Sicherstellung gerade bei ausländischen Gläubigern dringend wünschbar, da der Arrestschuldner eine Schadenersatzforderung im Ausland betreiben müsste, wobei ein gestützt auf SchKG 273 II am Arrestort ergangenes Urteil im Ausland kaum vollstreckbar sein dürfte (180). Der Arrestrichter sollte daher die Arrestbewilligung vermehrt von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen; er müsste von dieser in SchKG 273 I gegebenen Möglichkeit stets dann Gebrauch machen, wenn die Arrestforderung nicht bereits in

(179) Ein solcher Schaden ist eine Folge der Verfügungssperre, stellt also einen unmittelbaren Vermögensschaden im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 34 I 283; 48 III 236) dar.

(180) Fritzsche Band II, S. 217.

einer zu SchKG 80 bzw. 82 analogen Form ausgewiesen ist (181). Die Schwierigkeit für den Richter bleibt aber die Bemessung der Kautions, da im Arrestbewilligungsverfahren eine Anhörung des Schuldners nicht stattfindet und somit ein Massstab für den zu erwartenden Schaden fehlt. Das Bundesgericht hat daher in BGE 46 I 489 erkannt, dass über die Kautionspflicht noch nicht entschieden werden kann, nachdem der Schuldner zu Gehör gekommen ist (182). Laut Fritzsche (183) besteht in einigen Kantonen die Uebung, einen Arrest unter Kautionsvorbehalt zu erteilen (184), in der Meinung, dass nach Zustellung der Arresturkunde der Arrestrichter vom Schuldner nochmals angegangen werden kann, damit dem Gläubiger eine Kautionsauferlegt oder eine bereits geleistete erhöht werde. Aber auch der für die Arrestaufhebungsklage zuständige Richter (185), der nun besseren Einblick hat, sollte die Kautions auf Antrag den Verhältnissen noch anpassen können. Andererseits

-
- (181) Gemäss § 154 des Minderheitsentwurfes von 1875 (s. oben, S. 58, Anm. 11) sollte die Beschlagnahme gar nur bewilligt werden, "wenn der Gläubiger an dem Orte, wo sie ausgeführt wird, mit hinlänglichem Vermögen angesessen ist, oder wenn er Sicherheit geleistet hat,".
- (182) Dabei wird der Schuldner nicht umhin kommen, seine Vermögenswerte zu offenbaren, um dem Arrestrichter eine Quantifizierung zu ermöglichen. Immerhin könnte der Richter das zum Schutze der Privatsphäre des Schuldners Geeignete vorsehen und dem Arrestnehmer nur eine beschränkte Einsichtnahme (Ausschluss bei der Schuldnerbefragung) gewähren: vgl. § 145 ZH ZPO. Kleiner, SJZ 75 (1979), S. 222, Ziff. 6, schlägt eine in Relation zur Arrestsumme stehende Mindestsicherheitsleistung vor, die ohne Anhörung des Schuldners festgelegt werden könnte.
- (183) Fritzsche Band II, S. 245 f.; in Anm. 315 wird die Regelung des Bezirksgerichtes Zürich dargestellt, das in analoger Anwendung der §§ 110 und 224 ZH ZPO ein kontradiktorisches Verfahren durchführt.
- (184) Denkbar wäre auch, den Arrest unter der kurzfristeten Suspensivbedingung zu bewilligen, die von der Arrestbehörde bestimmte Sicherheit an das Betreibungsamt vor dem Vollzug des Arrestes zu leisten: vgl. Brand, JK Nr. 741, S. 2.
- (185) Ebenso der Richter im Arrestforderungsprozess.

sollte auch dafür gesorgt werden, dass die Kautionsleistung nicht ungebührlich lange in Anspruch genommen wird. Man könnte - wie von Fritzsche angeregt - dem Arrestschuldner eine von der rechtskräftigen Erledigung des Arrestforderungsprozesses an laufende Frist zur Einleitung der Schadenersatzklage nach SchKG 273 ansetzen, unter der Androhung, dass die Kautionsleistung sonst an den Gläubiger herausgegeben werde.

Diese kurzen Ausführungen zeigen, dass die im SchKG getroffene Regelung der Sicherheitsleistung manche Fragen offenlässt, die mit Hinblick auf eine rechtsgleiche Behandlung besser vom Bund als wie von den Kantonen zu ordnen sind. Im Zuge einer Revision dieser Bestimmung könnte sodann aus den gleichen Gründen, die eine Haftpflicht zugunsten Dritter als angezeigt erscheinen lassen (oben, Ziff. 1 a), den Drittpersonen ein Antragsrecht auf Kautionsleistung eingeräumt werden.

2. Massnahmen zur Verhinderung von Sucharresten bzw. zu deren frühzeitiger Erkennung und Ausschaltung

Hauptgrund für die mangelnde Informationsbereitschaft Dritter im Arrestverfahren ist die Gefahr von Sucharresten; gerade die Banken sehen sich in besonderer Weise der Vermögensspionage ausgesetzt und werden dadurch zu einem vorsichtigen Verhalten gemahnt (186). Ermöglicht wird der Sucharrest durch die geringen Anforderungen an die Arrestwirkung, müssen doch Arrestgrund und Arrestforderung lediglich glaubhaft gemacht und die Arrestobjekte bloss der Gattung nach bezeichnet werden. Dann aber auch durch den Umstand, dass es dem Schuldner verwehrt ist, vorgängig der Auskunftserteilung die Berechtigung der Arrestnahme überprüfen zu lassen, ja dass der Dritte sogar Auskunft geben sollte,

(186) Wie selbst das Bundesgericht in BGE 103 III 93 E. 2 zugest. steht: "Il pericolo di un sequestro investigativo (Sucharrest) è oltremodo serio e non deve essere sottovalutato, per cui si impone un atteggiamento quantomeno cauto da parte degli istituti bancari".

bevor der Schuldner auch nur von der Beschlaglegung erfahren hat. Will man also den Vermögensschnüfflern entgegen-treten, so ist einerseits die Arresterwirkung zu erschwe-
ren und anderseits dem Schuldner vor der Auskunftgabe zu ermöglichen, die Glaubhaftmachung der Forderung zu ent-
kräften bzw. das Vorliegen eines Sucharrestes nachzuwei-
sen.

a) Erschwerung der Arresterwirkung

aa) Keine Rückkehr zur anfänglichen Spezifi-
kationspflicht

Die Erschwerung könnte zunächst darin bestehen, dass das Bundesgericht zu seiner früheren Praxis zurück-
kehrte und vom Gläubiger die genaue Umschreibung (Spezi-
fizierung) der Arrestgegenstände verlangte (187). Diese
Massnahme mag zwar geeignet sein, der Banksplionage einen
Riegel zu schieben, sie bedeutete indes einen Rückschritt.
Der Gattungsarrest ist vielfach die einzige Lösung, um
einem berechtigten Gläubiger die Arrestnahme nicht zu ver-
unmöglichen, wo sie ihm nach dem Sinn des Gesetzes zur
Verfügung stehen soll (188). Das Arrestbegehren gilt wohl
als Abschluss einer erfolgreichen Suchtätigkeit des Gläu-
bigers, ist es doch erstlich dessen Aufgabe, die Objekte
zu entdecken und sie den Behörden namhaft zu machen. Den-
noch sollte die ursprüngliche Meinung des Bundesgerichtes,
dass "verschiedene Gläubiger miteinander in Konkurrenz
treten, wobei der eine mehr, der andere weniger findig
ist und daher mehr oder weniger entdeckt" (BGE 51 III 123)
endgültig der Vergangenheit angehören.

(187) Dies wird vorgeschlagen von: Haab in ZBJV 69 (1933), S. 564; Huber, S. 126, der sich auf Haab beruft; Lavanchy, S. 41, und Kuhn in SJZ 34 (1937/38), S. 296, der die Aus-
wüchse des Gattungsarrestes und deren für die Betreibungs-
beamten unzumutbaren Folgen schildert.

(188) Siehe oben, S. 126 f.; vgl. auch Stauffacher in SJZ 37
(1940/41), S. 181/86.

bb) Anhaltspunkte für das Vorhandensein der
Arrestobjekte und für den Bestand der
Arrestforderung

Wenn auch dem Arrestnehmer keine Detektivarbeit zuzumuten ist, könnte er doch etwas mehr als wie bis anhin zur Arrestwirkung beitragen. Bereits im Jahre 1932 erkannte die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt (189), "dass auch Anhaltspunkte verlangt werden sollten, die speziell auf den Ort der in Anspruch genommenen Arrestbehörde und auch speziell auf die betreffende Bank hinweisen. Kann der Gläubiger keine anderen Anhaltspunkte geben als solche, mit denen er mit ebenso gutem Recht einen Arrest auf das bei sämtlichen Banken der Welt liegende Vermögen des Schuldners verlangen könnte, sollte ein solcher Arrest nicht bewilligt werden". Heute aber wird die Arrestierung von "Guthaben, Wertschriften, Geldbeträgen, Depots, Schrankfachinhalt" des Schuldners bei einer Bank bewilligt, selbst wenn nicht der geringste Anhaltspunkt dafür vorliegt, dass der Arrestschuldner mit der betreffenden Bank überhaupt in Geschäftsverbindung stand oder noch steht, geschweige denn, dass sie Sachen des Schuldners in ihrem Gewahrsam hat. Zugegeben, vom Arrestnehmer einen Beweis für das Vorliegen der Arrestgegenstände zu verlangen, ginge zu weit und wäre mit dem Wesen des Arrestes nicht vereinbar. Soll aber SchKG 274 Ziff. 4, wonach es dem Gläubiger obliegt, die Arrestgegenstände zu bezeichnen, noch einen Sinn haben (190), so müsste der Arrestrichter doch eine begründete Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung des Arrestnehmers erlangen. Sich diese zu verschaffen, hat er bei der Entgegennahme des Arrestbegehrens Gelegenheit, nöti-

(189) Entscheid vom 28. Juli 1932, publiziert in SJZ 29 (1932/33), S. 172/74.

(190) Andernfalls kann man das Aufsuchen der Arrestobjekte - analog zur Pfändung - gleich dem Betreibungsbeamten auferlegen.

genfalls - etwa bei einem schriftlichen Begehren - mittels Rückfragen beim Gläubiger. Sodann fragt es sich, ob im Gesetz zur Arrestbewilligung - neben jener von Arrestgrund und Arrestforderung - nicht auch die Glaubhaftmachung des Vorhandenseins der Arrestgegenstände verlangt werden sollte.

Bezüglich der Arrestforderung wird schon heute vom Gläubiger verlangt, dass er sie glaubhaft macht (SchKG 272). Die blossе Behauptung genügt also nicht, vielmehr bedarf es des Nachweises bestimmter Anhaltspunkte für den tatsächlichen Bestand der Forderung, und zwar derart, dass die Behauptung geeignet ist, zur Ueberzeugung des Richters von der Begründetheit des Begehrens beizutragen (191). In der Praxis indessen begnügt sich der Arrestrichter zumeist mit der blossen Behauptung der Forderung. Freilich ist nicht zu verkennen, dass es dem Richter nicht leicht fällt, die Begründetheit eines Anspruches abzuklären. Immerhin sollte er - gerade bei Arresten mit noch unbestimmtem Arrestgegenstand - vermehrt von seinem Frage-recht Gebrauch machen und es mit der Glaubhaftmachung der Forderung besonders streng nehmen. Das SchKG könnte ihm schliesslich noch vorschreiben, in Fällen, da die Arrestforderung nicht bereits in einer zu SchKG 80 bzw. 82 analogen Form ausgewiesen ist, die Arrestbewilligung von der Stellung einer Kautіon abhängen zu lassen (192).

cc) Einschränkung des Ausländerarrestes

Die weitaus meisten Arreste werden gestützt auf Ziff. 4 von Art. 271 SchKG bewilligt, weil der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt. Bei rund der Hälfte aller an Banken notifizierten Arresten ist auch der Arrestleger im Ausland domiziliert, so dass sich unsere Justiz und die

(191) Meyer, S. 74; vgl. im übrigen zur Glaubhaftmachung: oben, S. 128 ff..

(192) Siehe oben, S. 184 ff..

Vollstreckungsbehörden mit Angelegenheiten befassen müssen, die eine oftmals nicht existente oder zumindest äusserst schwache Beziehung zur Schweiz aufweisen. Gerade in diesen Fällen kann ein Sucharrest schwerwiegende Folgen haben (193) und es drängt sich daher die Frage auf, ob dieser Arrestgrund vom Gesetzgeber nicht einzuschränken sei.

Der Ausländerarrest sollte ursprünglich eine andere Normierung erfahren. § 146 Ziff. 4 des Minderheitsentwurfes (194) sah den Ausländerarrest lediglich vor "für Verpflichtungen, die in der Schweiz zu erfüllen sind, und für solche, die am Wohnorte dieser Schuldner zu erfüllen wären, wenn man dort gar nicht oder nur mit ausserordentlicher Schwierigkeit Recht erhalten kann" (195). Der bundesrätliche Gesetzesentwurf vom 23. Februar 1886 (196) stellte nur mehr darauf ab, ob "der Gläubiger sein Recht im Auslande nur mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verfolgen könnte", gleichgültig wo die Verbindlichkeit zu erfüllen ist (Art. 194 Ziff. 4). Diese Einschränkung wurde in der ständerätlichen Kommission gestrichen und zwar auf Antrag von Herzog, welcher bemerkte, es sei Ländern gegenüber, welche mit der Schweiz keinen Vertrag abgeschlossen hätten, eine derartige Rücksichtnahme auf ihre gerichtlichen Institutionen keineswegs geboten (197). Die nationalrätliche Kommission hielt dagegen auf Antrag

(193) Siehe oben, S.155 ff. und 160, insbesondere Anm. 111 und 112.

(194) Genaue Bezeichnung: oben, S. 58, Anm. 11.

(195) Der Mangel eines Inlanddomizils allein rechtfertigte nach Ansicht der zürcherischen Gerichte vor Inkrafttreten des SchKG noch keine Arrestlegung; hinzukommen mussten die Rechtsverfolgung gefährdende Umstände, wie Verweigerung oder ungebührliche Verzögerung der Rechtspflege am ausländischen Wohnsitz des Schuldners; vgl. Ott, S. 61 mit Verweisungen.

(196) BB1 1886 II, S. 79 ff..

(197) BB1 1886 III, S. 721.

Paschoud an dem fraglichen Passus fest (198). Letztlich setzte sich erstere Meinung durch und der revidierte Gesetzesentwurf (199) liess alle früheren Beschränkungen fallen; wir finden dort die heute noch gültige Formulierung von SchKG 271 Ziff. 4.

Diese Bestimmung beruht - die Gesetzesmaterialien lassen es deutlich erkennen - auf der Ueberlegung, dass die Rechtsverfolgung im Ausland sich mitunter als schwierig erweist; dann "aber auch auf der Tatsache, dass nach dem herrschenden Grundsatz der Territorialität eine Auslieferung inländischen Vermögens ans Ausland zur Durchführung einer Pfändung oder des Konkurses nicht erfolgt" (200). Da SchKG 52 den Ort, wo der Arrestgegenstand sich befindet, als Betreuungsort vorsieht, ermöglicht der Arrest eine Betreuung in der Schweiz auch in Fällen, in denen sonst kein schweizerischer Betreuungsort vorhanden wäre (201). Damit verhindert also der Ausländerarrest, dass in der Schweiz gelegenes Vermögen jeder Zwangsvollstreckung entzogen bliebe. Darüber hinaus sehen die meisten Kantone (202) den Gerichtsstand des Arrestortes für die Arrestprosequierungsklage vor, d.h. für eine allfällige Prüfung der Arrestforderung eröffnet sich in der Schweiz ein Gerichtsstand. Diese Vorteile kommen nun aber

-
- (198) BB1 1887 I, S. 803 f. und 1887 II, S. 323, "weil sonst z.B. ein in Frankreich niedergelassener Schweizer schlechter gestellt wäre als ein Franzose, indem der Staatsvertrag wohl den Franzosen, nicht aber den in Frankreich wohnenden Schweizer davor schützt, in der Schweiz mit einem Arrest belegt zu werden".
- (199) Entwurf auf Grund der Beschlüsse der Bundesversammlung vom 29.6. und 14.12.1888; BB1 1888 IV, S. 1153 ff..
- (200) Fritzsche Band II, S. 205.
- (201) Die Betreuung muss ja für gewöhnlich am inländischen Wohnsitz des Schuldners stattfinden; SchKG 50 sieht diesbezüglich eine nur unbedeutende Ausnahme vor.
- (202) Vgl. hierzu die Zusammenstellungen bei Guldener, S. 90, Anm. 40.

nicht bloss - wie vom Gesetzgeber beabsichtigt (203) - dem im Inland wohnenden Gläubiger zugute; der Wortlaut von SchKG 271 Ziff. 4 lässt es auch zu, dass selbst im Ausland domizilierte Gläubiger gegen ihre im Ausland wohnenden Schuldner Arrest legen können, und zwar unter den nämlichen sehr geringen Voraussetzungen (204). Sind schon heute rund die Hälfte aller bei Banken vollzogenen Arreste Auseinandersetzungen zwischen im Ausland wohnhaften Parteien, so lässt sich leicht ausmalen, dass bei einer Auskunftgabe Dritter diese Zahl und damit erst recht jene der Sucharreste ansteigen wird; die Schweiz würde zum Tummelplatz für ausländische Gläubiger und Schuldner (205). Dies ist heute umso eher zu befürchten, als der Ausländerarrest nicht mehr wie früher durch die Devisen- und Clearinggesetzgebung beschränkt wird (206). Eine solche Zunahme der Ausländerarreste hätte aber auch eine erhebliche Mehrbe-

-
- (203) Ott, S. 62; Kuhn in SJZ 34 (1937/38), S. 294: "man wollte durch den Arrest dem schweizerischen Gläubiger sichernde Massnahmen für seine Ansprüche gegenüber zahlungsflüchtigen Ausländern zubilligen". Auch dürfte der Gesetzgeber bei der arrestrechtlichen Haftungsklausel (SchKG 273 I) bloss den im Inland wohnenden Gläubiger im Auge gehabt haben; andernfalls hätte er vermutlich für den im Ausland domizilierten Arrestnehmer zwingend die Erlegung einer Kautions vorgesehen.
- (204) Glaubhaftmachung des ausländischen Schuldnerdomizils und einer Forderung sowie die Behauptung, der Schuldner besitze am Arrestort Vermögenswerte.
- (205) Vgl. hierzu die Kritik von Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 218, Ziff. 2, der international ein Abrücken vom speziellen Arrestgerichtsstand feststellte und auch für die Schweiz eine diesbezügliche Einschränkung forderte.
- (206) Die von den Clearing-Abkommen erfassten Forderungen unterlagen einer öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme zugunsten aller schweizerischen Gläubiger. Nahm die Eidg. Verrechnungsstelle das verarrestierte Guthaben für den Verrechnungsverkehr in Anspruch, so durfte das Betreibungsamt einem späteren Pfändungsbegehren keine Folge geben; Arrest und Pfändung mussten dahinfallen (BGE 61 III 206). Vgl. hierzu Jud, S. 16, und Fritzsche Band II, S. 176. Der Bundesrat hat die Schweizerische Verrechnungsstelle auf den 1. Januar 1979 aufgelöst.

lastung der schweizerischen Gerichte zur Folge (207), welche im Zuge der Arrestprosequierung sich oft mit schwierigen Fragen des internationalen Privatrechts auseinandersetzen und nicht selten ausländische Rechtsnormen anwenden müssen (208). Schliesslich ist hier noch die grundsätzliche Erwägung, es sei unbillig und liege nicht im schweizerischen Interesse, dass der im Ausland wohnende ausländische Gläubiger in der Schweiz einen Arrest erwirken könne, wenn - im umgekehrten Fall - im Ausland einem Gläubiger, der Schweizerbürger ist und in der Schweiz wohnt, eine entsprechende Beschlagnahmemöglichkeit versagt ist. All diese Ueberlegungen lassen es daher als angezeigt erscheinen, eine Auskunftspflicht Dritter erst zu begründen, wenn der Ausländerarrest, zumindest für im Ausland wohnhafte Arrestnehmer, eingeschränkt wird.

Eine Einschränkung hatte der Ausländerarrest bereits während des Zweiten Weltkrieges erfahren. Durch Art. 1 des auf den ausserordentlichen Vollmachten beruhenden BRB vom 24. Oktober 1939 über Arrest und Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegenüber Vermögen ausländischer Schuldner (AS 55, S. 1296) wurde den nicht in der Schweiz wohnhaften Gläubigern unmöglich gemacht, einen Arrest auf Grund von Ziff. 1 oder 4 des Art. 271 SchKG zu erwirken. Ein solcher Arrest durfte nur noch bewilligt werden, "wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz in der Schweiz hat und ihm die Forderung nicht zum Zwecke der Umgehung dieses Beschlus-

(207) Fritzsche Band II, S. 206. Eine Abänderung der kantonalen Prozessrechte in dem Sinne, dass die Klage auf Anerkennung der Arrestforderung am zuständigen ausländischen Gericht anzubringen sei, wäre bloss vertretbar, wenn ein dort ergangenes Urteil im Arrestkanton vollstreckbar wäre. Andernfalls könnte die durch Rechtsvorschlag gehemmte Arrestbetreibung nicht fortgesetzt werden.

(208) Solche Prozesse sind vielfach äusserst langwierig, so wenn im Ausland wohnende Zeugen auf dem Rechtshilfeweg einvernommen werden müssen. Auch dürfte der schweizerische Steuerzahler kaum gern bereit sein, einen Teil der von den ausländischen Parteien verursachten Verfahrenskosten zu übernehmen.

ses übertragen worden ist". Ziel dieses Beschlusses war es, "Prozesse zwischen Ausländern auf Grund von Arresten und die sich aus ihnen ergebenden Schwierigkeiten auf zwischenstaatlichem Gebiet auszuschliessen, zumal solche Arreste mit der Schweiz in keinem direkten Zusammenhang stehen und oft nur die Folge eines zwischen ausländischen Staaten herrschenden Wirtschaftskrieges sind" (209). Der BRB wurde am 8. September 1948 aufgehoben. Zuvor schon hatte es der Bundesrat abgelehnt, den Art. 271 Ziff. 1 und 4 SchKG im Rahmen einer Gesetzesrevision durch Aufnahme einer Gegenrechtsklausel in dem Sinne abzuändern, dass nur dann ein Arrest zu bewilligen sei, wenn der Heimatstaat des Arrestpetenten unter im wesentlichen gleichen Voraussetzungen ebenfalls das Recht zum Arrest einräume (210). Begründet wurde diese Abweisung mit dem fehlenden Bedürfnis nach einer solchen Gegenrechtsklausel und dem Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten bei deren Handhabung. Ersteres dürfte sich bei der Einführung einer Auskunftspflicht Dritter ändern, und bezüglich letzterem liesse sich vermutlich eine praktikable Lösung finden (211), so dass man die damalige Absage neu überdenken sollte.

Fritzsche (212) schlägt eine andere, einfachere, aber nicht minder wirksame Einschränkung des Ausländerarrestes vor. Er fragt sich, "ob es nicht angebracht wäre,

(209) BB1 1945 II, S. 564; vgl. auch BB1 1939 II, S. 603, und BGE 71 III 189 E. 3.

(210) BB1 1948 I, S. 1233 ff.; eine unveränderte Ueberführung von Art. 1 des BRB in die ordentliche Gesetzgebung stand ausser Frage, weil damit den im Ausland wohnenden Gläubigern der Zugriff auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen verunmöglicht worden wäre.

(211) Die Gegenrechtsklausel wäre übrigens kein Novum im schweizerischen Vollstreckungsrecht. Im Ersten Weltkrieg hatte der Bundesrat ein Verbot der Arrestierung von Vermögen eines fremden Staates unter der Bedingung des Gegenrechtes erlassen; BRB vom 12.7.1918, AS 34, S. 775, aufgehoben am 8.7.1926; vgl. auch BB1 1923 I, S. 427.

(212) Fritzsche Band II, S. 206, Anm. 277.

die Arrestbewilligung für einen Gläubiger mit Wohnsitz im Ausland zu erschweren durch das Erfordernis eines gerichtlichen Urteils oder einer notariellen Urkunde über die geltend gemachte Forderung". Eine solche Erschwerung sei geeignet, eine störende Rechtsungleichheit im internationalen Verkehr zu beseitigen, dies insbesondere in Kantonen, die vom Kläger keinen Kostenvorschuss verlangten. Das Erfordernis eines gerichtlichen Urteils führte zu einer Entlastung der Gerichte, welche in der Regel nur mehr zur Vollstreckbarkeitsfrage, nicht aber zur Hauptsache Stellung nehmen müssten (213). Vor allem jedoch käme man dem berechtigten Anliegen von Schuldner und Banken (214) entgegen, von Sucharresten verschont zu werden, indem diese zwar nicht völlig (215), aber doch weitgehend ausgeschaltet würden.

Denkbar wäre eine weitere Einschränkung, derart, dass die vom ausländischen Gläubiger angeführte Arrestforderung eine Binnenbeziehung zur Schweiz aufweisen müsste. Analog zur Rechtspraxis bezüglich der Zulassung eines Arrestes auf Vermögen eines fremden Staates (216) könnte verlangt werden, dass das Rechtsverhältnis in einer Beziehung zum schweizerischen Territorium steht, d.h. in der Schweiz begründet wurde oder hier durchzuführen

-
- (213) Näheres hierzu bei Guldener IZPR, S. 114 ff., v.a. 116 f., Ziff. III.
- (214) Die Auskunftsverweigerung der Banken anlässlich der Arrestnahme beruht vornehmlich darauf, dass die Berechtigung der Forderung zu diesem Zeitpunkt noch nicht erstellt ist; kommt es nämlich zur Pfändung, legen sie ihre Zurückhaltung ab; BGE 80 III 88.
- (215) So wenn der Arrestpetent ein ausländischer Staat ist, der seine Rechtspflege manipuliert.
- (216) Wobei des weitern verlangt wird, dass der fremde Staat jenes Rechtsverhältnis nicht *jure imperii*, sondern *jure gestionis*, in der Art des Privatrechts, eingegangen ist. Auch darf die Beschlagnahme nur das Finanz-, nicht aber das Verwaltungsvermögen des betreffenden Staates erfassen; vgl. hierzu Fritzsche Band II, S. 210, Ziff. 1, sowie Kleiner in SJZ 75 (1979), S. 219, Ziff. 3, der die heutige Praxis kritisiert.

ist oder zumindest gewisse Handlungen des Schuldners vorliegen, durch die in der Schweiz ein Erfüllungsort begründet wird (BGE 82 I 75 ff.). So sehr eine solche Lösung für unsere Gerichte wünschbar wäre, besonders, wenn das Rechtsverhältnis dem schweizerischen Recht unterstellt wäre, einen wirklichen Schutz gegen Sucharreste bietet sie nicht. Der Arrestnehmer müsste nebst seiner Forderung auch die die Binnenbeziehung begründenden Tatsachen bloss glaubhaft machen, was ihm, da der Schuldner nicht angehört wird, kaum schwer fallen dürfte. Nötigenfalls liesse ein Vermögensschnüffler sich bestimmt etwas einfallen, um zu seinen Informationen zu gelangen. Der vom Bundesgericht aufgezeigte Weg mag für Arreste gegen fremde Staaten angehen, für Beschlagnahmen, die ohnehin selten sind, und bei denen keine Gefahr der Vermögensspionage besteht, zur Einschränkung des Ausländerarrestes dürfte er weniger geeignet sein.

Wirksamer und zugleich einfach wäre dagegen eine Bestimmung, wonach der ausländische Gläubiger zur Erlangung der Arrestbewilligung zwingend eine Kautionsleistung erlegen müsste (217). Auf diese Weise könnte man den "catch-as-catch-can" Beutezügen (218) entgegentreten, da sich dann mancher Arrestnehmer besser überlegte, ob, bzw. wo er sein Begehren anbringt.

Von den angeführten Möglichkeiten, den Ausländerarrest mit seinen unerwünschten Auswirkungen einzuschränken, kommen sodann am ehesten in Frage: das Erfordernis einer durch Gerichtsurteil ausgewiesenen Arrestforderung und/oder eine zwingende Sicherheitsleistung durch den im Ausland wohnenden Arrestpetenten.

(217) So schon § 154 II des Minderheitsentwurfes von 1875.

(218) Schaefer in SJZ 49 (1953), S. 339: "catch-as-catch-can", weil Arreste auf's Geratewohl hin verlangt werden, ohne dass konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Arrestobjekten vorlägen.

b) Anhörung des Schuldners vor der Auskunftgabe

Der Sucharrest wird nicht allein durch die geringen Arrestvoraussetzungen ermöglicht, sondern ebenso sehr durch den Umstand begünstigt, dass es dem Schuldner verwehrt ist, vorgängig der Auskunftgabe die Berechtigung der Arrestnahme abklären zu lassen. Ein Dritter, von dem der Arrestnehmer behauptet, er besitze Arrestobjekte, müsste gar Auskunft erteilen, bevor der Schuldner auch nur von der Beschlaglegung erfahren hat. Der Gesetzgeber sollte daher auch in dieser Richtung etwas vorkehren, um Sucharreste, die trotz Erschwerung der Arresterwirkung möglich blieben, noch vor der Auskunftgabe zu erfassen und auszuschalten.

Soll der Arrest wirksam sein, so hat er den Schuldner überfallartig, ohne Voranzeige, zu treffen. Dabei ist v.a. von Bedeutung, dass der Schuldner in seiner Verfügungsmacht über die Arrestobjekte beschränkt wird, was durch die mit der Arrestnotifikation bei Drittpersonen angeordnete Sperre hinreichend gewährleistet wird (219). Das Wissen, ob etwas, und wenn ja, was vom Beschlag erfasst wird, ist dagegen kein Essentiale des Arrestvollzuges und verschafft dem Arrestnehmer lediglich Gewissheit über den Arresterfolg (220). Die Auskunftspflicht will beim Gläubiger eine Unsicherheit beseitigen, die umso geringer ist, je weniger er den Arrest auf's Geratewohl hin - ohne Wissen um das Vorhandensein der Arrestobjekte - erwirkt hat.

Das aus Art. 4 BV folgende Gebot für den Richter, die Parteien gleichmässig anzuhören, gilt nicht nur für den ordentlichen Zivilprozess, in dem endgültig über ein streitiges Privatrechtsverhältnis zu entscheiden ist, sondern grundsätzlich auch für das Verfahren, in dem ein privates Recht mit sofortiger Wirkung vorläufig geschützt wird. Nur in Fällen besonderer Dringlichkeit, beim Erlass sog. superprovisorischer, lediglich bis zum Erlass der eigentlichen

(219) Siehe oben, S. 141 ff. und 169 ff..

(220) Siehe oben, S. S. 144 f..

provisorischen Verfügung geltender Massnahmen darf von der vorgängigen Anhörung des Betroffenen abgesehen werden (BGE 87 I 109). Dann aber ist dem Beklagten noch nachträglich Gelegenheit zur Vernehmlassung zu gewähren, und der Richter hat die einstweilige Verfügung nach Anhörung des Beklagten zu überprüfen (221). Mit eben einer solchen superprovisorischen Massnahme haben wir es beim Arrestbefehl zu tun (222), wobei - wie dargelegt - die besondere Dringlichkeit nur bezüglich der Sperrverfügung begründet ist. Sodann ist es auch aus diesem Grunde angebracht, mit der Auskunftspflicht Dritter noch zuzuwarten, bis der Arrestschuldner angehört wurde. Zumindest aber sollte vermieden werden, dass der Arrestnehmer vom Erfolg bzw. Misserfolg und allenfalls vom Inhalt des Beschlages erfährt, ohne dass der Schuldner zuvor Gelegenheit hatte, die Weitergabe dieser Informationen zu verhindern.

Ziel eines durch die Anhörung des Schuldners ermöglichten kontradiktorischen Verfahrens könnte es nicht sein, das Arrestaufhebungs- oder das Rechtsöffnungsverfahren in der Arrestbetreibung zu ersetzen bzw. vorzuziehen. Weder Arrestgrund noch Bestand der Arrestforderung wären zu prüfen, sondern allein deren Glaubhaftmachung durch den Arrestpetenten. Im Vordergrund dürfte dabei die Glaubhaftmachung der Arrestforderung stehen, da der Arrestgrund erfahrungsgemäss weniger Anlass zu Einwendungen gibt und überdies in dem rasch auf den Arrestvollzug folgenden Arrestaufhebungsverfahren eingehend - mit Beweisabnahme -

(221) Guldener, S. 581 Ziff. IV.

(222) Dies zeigt eine Gegenüberstellung der auf die superprovisorischen Massnahmen bzw. auf den Arrest anwendbaren Gesetzesbestimmungen (§ = ZH ZPO; Art. = SchKG); Voraussetzungen, Glaubhaftmachen eines Anspruches und dessen Gefährdung (§§ 110, 224/Art. 271, 272); nachträgliche Einspruchsmöglichkeit des Beklagten (§ 110 II, 224 II + III/Art. 279); Sicherheitsleistung (§ 227 I/Art. 273 I); Abwendung der Massnahme (§ 227 II/Art. 277); Klagefrist zur definitiven Austragung (§ 228/Art. 278); Schadenersatzpflicht (§ 230/Art. 273); vgl. auch oben, S. 8 f..

untersucht werden kann (223). Dem Arrestschuldner soll im Anschluss an die Arrestnotifikation bei Drittpersonen - also nach erfolgter Sperre - die Möglichkeit eingeräumt werden, die Glaubhaftmachung der Arrestforderung zu entkräften und so einen Sucharrest frühzeitig aufzudecken. Dies kann in der Weise geschehen, dass den Arrestparteien von der Vormerknahme des Arrestes durch den Dritten Kenntnis gegeben und dem Schuldner gleichzeitig eine Einsprachefrist (224) angesetzt wird mit der Androhung, dass im Säumnisfall der Dritte auskunftspflichtig werde. Der Schuldner soll die Einsprache kurz begründen, also Argumente anführen und evtl. Unterlagen beilegen, die das Glaubhaftmachen der Arrestforderung durch den Arrestpetenten erschüttern und auf einen Sucharrest hindeuten.

Gestützt auf eine solche Vernehmlassung dürfte der Arrestrichter besser in der Lage sein (225), die vom Gläubiger gemachten Angaben objektiv, wenn auch nicht definitiv zu würdigen. Gelangt der Richter zum Schluss, dass die Vorbringen des Schuldners nicht ausreichen, die Glaubhaftmachung der Forderung des Arrestnehmers zu entkräften (226), so wird er die im Arrestbefehl genannten Drittpersonen zur Auskunftgabe über die Arrestobjekte verpflichten (227). Der

-
- (223) Bis zur gerichtlichen Feststellung der Arrestforderung hingegen kann geraume Zeit verstreichen, während der ein seriöser Arrestnehmer nicht ohne Not im Ungewissen über den Arrestenerfolg bleiben soll.
 - (224) Fünf, aber höchstens zehn Tage ab Zustellung der Vollzugsanzeige.
 - (225) Nötigenfalls müsste der Richter noch eine Verhandlung ansetzen können.
 - (226) Ebenso, wenn der Schuldner die Einsprachefrist ungenutzt ablaufen lässt.
 - (227) Eine ähnliche Lösung findet sich in BGE 104 III 51 E. 4c vorgezeichnet; das Bundesgericht schliesst dort nicht aus, dass eine Bank mit der Anmeldung eigener Rechte auf das Arrestvermögen ihres Kunden - und damit auch mit der Offenlegung jenes Vermögens - zuwarten darf, sofern es ihr gelingt, die Gefahr eines Sucharrestes glaubhaft zu machen. Zu diesem Zweck könne die Bank Verbindung mit ihrem Kunden aufnehmen und es werde ihr die für solche Abklärungen erforderliche Zeit zugebilligt.

Dritte wird dann nicht umhin kommen, dem Betreibungsbeamten ein genaues Inventar über die Arrestobjekte auszuhändigen, ihm diese zur Schätzung vorzuweisen und allenfalls zur amtlichen Verwahrung herauszugeben. Immerhin gilt es zu berücksichtigen, dass die Berechtigung der Arrestlegung noch nicht endgültig feststeht, weshalb dem Gläubiger bloss mitzuteilen wäre, ob bzw. inwieweit seine Arrestforderung sichergestellt ist, nicht aber, was genau vom Beschlag betroffen ist (228). Im andern Fall jedoch, da der Arrestrichter eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Sucharrestes bejaht, soll er auf die Statuierung einer Auskunftspflicht Dritter verzichten. Hier dürfte es angehen, den Arrestnehmer bis zu einem allfälligen Pfändungsvollzug im Rahmen der Arrestprosequierung im Ungewissen über den Arrest-erfolg zu belassen.

Die Vorteile (229) eines solchen Zwischenverfahrens überwiegen etwaige Bedenken, dass der seriöse Arrestgläubiger dadurch Zeit verliere (230); Zeit, die er bei einer sofortigen Auskunftgabe nutzen könnte, indem er eine ungenügende Sicherstellung seiner Forderung durch einen weiteren Arrest ausgleiche. Letzteres steht ihm immer offen; entscheidend und den Verzug rechtfertigend ist aber, dass es seinerzeit im Willen des Gläubigers stand, mit dem nun Schwierigkeiten bereitenden Schuldner geschäftliche Verbindungen anzuknüpfen.

-
- (228) Auf diese Weise wird das Bankgeheimnis nicht mehr als nötig preisgegeben; vgl. auch § 145 ZH ZPO, wonach das Gericht hinsichtlich der Akteneinsicht und bei einer Beweisabnahme das zur Wahrung von Geheimnissen Geeignete vorzukehren hat.
- (229) Denkbar wäre auch, im selben Verfahren die Frage einer Kautionspflicht und die Bemessung von deren Höhe zu behandeln.
- (230) Eine Verzögerung lässt sich nicht vermeiden, besonders, wenn der Schuldner im Ausland wohnt.

§ 9 Die Mitwirkungspflichten Dritter und das Legalitätsprinzip

Die Stellung von Drittpersonen im Schuldbetreibungsverfahren ist gesetzlich bloss lückenhaft geregelt; das SchKG enthält nur gerade im Konkursrecht ausdrückliche Verfahrenspflichten für Drittschuldner und Drittgewahrsamsinhaber (SchKG 232 II Ziff. 3 + 4). In § 6 dieser Arbeit stellten wir anhand des Gesetzes und dessen Materialien fest, dass damit keine abschliessende, gesetzliche Regelung beabsichtigt war; vielmehr muss es der Gesetzgeber aus Versehen oder aber in Verkennung von deren Bedeutung unterlassen haben, weitere Mitwirkungspflichten Dritter ins SchKG aufzunehmen. Dass hierfür - zumindest im Pfändungsverfahren (1) - ein echtes Bedürfnis, ja eine Notwendigkeit besteht, soll der Betriebene die Pfändung nicht illusorisch machen können, hat die Praxis bald einmal erkannt. In § 7 haben wir daher dem Pfändungsbeamten auf Grund seiner gesetzlichen Funktionen die Befugnisse zugebilligt, Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner nach Vermögenswerten des Schuldners zu befragen sowie sich drittverwahrte Sachen vorlegen bzw. herausgeben zu lassen. Dementsprechend wurde den Drittpersonen eine Auskunft- und Vorlegungspflicht sowie unter gewissen Voraussetzungen eine Oeffnungs- und Herausgabepflicht auferlegt. Nachstehend bleibt zu prüfen, wie diese Verfahrenspflichten vor dem Legalitätsprinzip bestehen können.

Es entspricht einem rechtsstaatlichen Grundsatz, "dass niemandem ohne gesetzliche Grundlage öffentlichrechtliche

-
- (1) Für das Arrestverfahren indes mussten wir de lege lata die Berechtigung solcher Pflichten im Hinblick auf die besondere Rechtsfunktion dieses Institutes und dessen leichte Erwirkung - entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - eher verneinen. Bei einem besseren Schutz der Schuldner- und Drittinteressen vor missbräuchlicher Herausnahme des Arrestes wäre allerdings eine dem Pfändungsverfahren analoge Regelung denkbar: s. oben, § 8.

Pflichten auferlegt werden dürfen" (2), dass die Behörden im Einzelfall nur zu handeln vermögen, "wenn sie sich auf ein Gesetz im materiellen Sinne stützen können, d.h. auf einen generellen und abstrakten Rechtssatz, der sich seinerseits als verfassungsmässig erweist" (3). Dieses sog. Prinzip des Gesetzesvorbehaltes ist im Zusammenhang mit dem ungeschriebenen Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit zu sehen. Danach ist nicht bloss die körperliche Freiheit des Bürgers geschützt, sondern auch dessen Willens- und Entscheidungsfreiheit (4). Wenn nun eine Drittperson im Pfändungsverfahren zur Auskunftgabe oder zur Herausgabe von Vermögenswerten des Betriebenen angehalten wird, so wird sie an der Entfaltung dieser Freiheit gehindert. Derartige Beschränkungen der persönlichen Freiheit halten vor der Bundesverfassung nur stand, "wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen. Zudem darf die persönliche Freiheit weder völlig unterdrückt noch ihres Gehalts als fundamentale Institution der Rechtsordnung entleert werden" (5). Die Frage, ob die fraglichen Mitwirkungspflichten Dritter unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit durch das öffentliche Interesse an einer wirksamen und ordnungsgemässen Durchführung des Pfändungsverfahrens gedeckt seien, haben wir bereits untersucht und bejaht (6). Die weitere Voraussetzung eines Eingriffes, dass der Wesenskern der individuellen Freiheit unangetastet bleibe, dürfte vorliegend - auch ohne genauere Ueberprüfung - ausser Zweifel stehen. Hingegen muss auf das Erfordernis einer ge-

-
- (2) Zbl. 55 (1954), S. 18; vgl. zum Prinzip der materiellen Gesetzmässigkeit: Giacometti, S. 245 ff.; Grisel, S. 164 ff.; Schwarzenbach, S. 74 ff.; Imboden/Rhinow, S. 353 ff.; Fleiner-Gerster, S. 63 ff..
- (3) BGE 87 I 453 E. 3 mit Verweisungen; vgl. zur formellen Gesetzmässigkeit: Giacometti, S. 243 ff..
- (4) BGE 90 I 34 ff.; 97 I 49; 100 Ia 193.
- (5) BGE 102 Ia 304 E. 1a mit Hinweisen.
- (6) Siehe oben, S. 103 ff., insbesondere S. 109 ff..

setzlichen Grundlage und die daran gestellten Anforderungen näher eingegangen werden.

Verlangt wird ein Gesetz im materiellen Sinne, d.h. generell-abstrakte Anordnungen, die sich an eine unbestimmte Anzahl von Personen richten und allgemeine Sachverhalte regeln (7); ausnahmsweise, bei besonders schweren Eingriffen in Freiheit und Eigentum, verlangt die Praxis eine Abstützung in einem formellen Gesetz (8) oder aber eine unzweideutige, klare Rechtsgrundlage (9). In den übrigen Fällen ist "dem Erfordernis der Gesetzmässigkeit Genüge getan, wenn die streitige Einschränkung sich nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden aus dem Gesetz ableiten lässt. Wenn dabei in einem Ausnahmefall auch eine ausdehnende Auslegung als zulässig gelten kann, darf sie sich doch vom klaren Gesetzeswortlaut nur entfernen, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass dieser nicht in jeder Hinsicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht" (10). Solche Gründe können sich - wie in BGE 101 Ia 207 festgestellt - "aus der Entstehungsgeschichte, aus Grund und Zweck der Vorschrift und aus dem

-
- (7) Fleiner-Gerster, S. 53.
 - (8) D.h. auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg durch das Parlament mit Einschluss des Referendums erlassene generell-abstrakte Anordnungen.
 - (9) Grisel, S. 164 f., 324; Imboden/Rhinow, S. 353 f., 361 f. mit Verweisungen auf die Judikatur.
 - (10) BGE 98 Ia 194; vgl. auch BGE 90 I 38 E.4 sowie Grisel, S. 398. Ein Abweichen vom klaren Gesetzeswortlaut, ohne dass hierfür triftige Gründe vorlägen, bedeutete einen Verstoß gegen das Willkürverbot (BV 4).

Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (11).

Die Möglichkeit, einen an sich klaren Gesetzeswortlaut ausdehnend zu interpretieren, ist von grosser Bedeutung; Lehre und Rechtsprechung (12) lehnen nämlich die Ausfüllung einer Gesetzeslücke durch richterliche Rechtsfindung ab, wenn ein Eingriff in die persönliche Freiheit zur Frage steht. Auf unseren Fall bezogen - es geht ja nicht um besonders schwere Eingriffe - könnte eine extensive Auslegung von SchKG 91 bedeuten, dass nebst dem Schuldner auch Drittpersonen zur Mitwirkung am Pfändungsvollzug verpflichtet wären; dies im Hinblick darauf, dass der Betreibungsbeamte auch Forderungen und Rechte gegenüber Dritten sowie im Drittgewahrsam liegende Gegenstände zu pfänden hat (SchKG 91 I und 109). Die Verpflichtung Dritter wird durch den Sinn und Zweck des Pfändungsinstitutes gefordert (oben, S. 106 f..

(11) ".... das Gesetz (ist) aus sich selbst auszulegen und dabei als Ganzes in seinem Aufbau und seinen inneren Zusammenhängen ins Auge zu fassen. Insbesondere ist zu beachten, dass ein gesetzgeberischer Erlass nicht unbedingt in allen seinen Teilen eine starre, immer gleich bleibende Ordnung schaffen will. Eine einzelne Norm kann mit fortschreitender Zeit infolge veränderter technischer, wirtschaftlicher und sonstiger Lebensverhältnisse eine andere Bedeutung gewinnen, als wie sie ihr am Anfang zugeschrieben wurde, und es kann je nach der Stellung der Norm im Rechtssystem dem wahren Gesetzeswillen entsprechen, dass solchen Veränderungen äusserer Umstände bei der Auslegung und namentlich bei der Frage nach der analogen Anwendbarkeit anderer Rechtsgrundsätze Rechnung getragen werde"; BGE 87 III 94 mit Hinweisen.

(12) Giacometti, S. 206 ff.; Komm. Meier-Hayoz, N 56 zu ZGB 1; Staehelin, S. 252; Grisel, S. 164; Schwarzenbach, S. 56; Imboden-Rhinow, S. 150; Fleiner-Gerster, S. 92; BGE 82 I 239; 89 I 99 f.; 90 I 38 E.4.

Denkbar wäre aber auch ein Analogieschluss (13) in dem Sinne, dass aus der für die Generalexekution geltenden Mitwirkungspflicht Dritter (SchKG 232 II Ziff. 3 + 4) auf eine ebensolche in der Spezialexekution geschlossen würde; in beiden Fällen soll dadurch eine richtige und zweckentsprechende Durchführung der Zwangsvollstreckung ermöglicht werden. Die Interessen der Pfändungsgläubiger verdienen denselben Schutz wie diejenigen der Konkursgläubiger (14).

Eine solche ausdehnende Auslegung ist jedoch nicht unproblematisch, kann sie doch leicht zu einer Aushöhlung des Legalitätsprinzips führen und damit die Rechtssicherheit gefährden. Zu Recht verlangt daher Schwarzenbach (15), dass "der durch Auslegung gewonnene Sinngehalt in den Schranken dessen bleiben (muss), was die im Gesetz enthaltenen Ausdrücke in ihrer Satzverbindung sprachlich noch bedeuten können". Die Auslegungstätigkeit soll dort enden, wo der Wortlaut der Expansion des Zweckgedankens eine eindeutige Grenze setzt (16). Jenseits dieser Grenze beginnt der Bereich der offenen oder echten Lücken. Wenn nun einmal SchKG 91 I bloss

-
- (13) Der Analogieschluss als Hilfsmittel einer sinngemässen Auslegung ist selbst bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum zulässig; Imboden/Rhinow, S. 171; BGE 89 I 100; 98 Ia 41 E. 3a: "Gegenüber der analogen Anwendung einer Eigentumsbeschränkung auf einen Fall, der nicht unter ihren (= der Vorschrift) Wortlaut fällt, auf den jedoch ihr Sinn zutrifft, bestehen nicht die gleichen Bedenken wie gegen die in BGE 97 I 355 als unzulässig erklärte Lückenausfüllung. Die analoge Anwendung einer Eigentumsbeschränkung kann daher zum mindesten nicht als schlechthin unhaltbar, geradezu willkürlich bezeichnet werden, ist doch der Analogieschluss sogar im Bereich des Strafrechts zulässig, wenn er bloss als Mittel sinngemässer Auslegung dient".
- (14) Gestützt auf einen solchen Analogieschluss hat das Bundesgericht in BGE 87 III 87 ff. die polizeiliche Vorführung des Pfändungsschuldners in Anlehnung an die konkursrechtliche Regelung begründet; vgl. auch BGE 51 III 135 ff..
- (15) Schwarzenbach, S. 75.
- (16) Nobel, S. 17; Meier-Hayoz, S. 42: "der Wortlaut hat eine doppelte Aufgabe: Er ist Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab".

von der Verpflichtung des Betriebenen spricht, so kann hierunter schwerlich eine ebensolche Dritter subsumiert werden. Hinzu kommt, dass es gerade beim Analogieschluss schwer fällt, klar zu bestimmen, ob er als Hilfsmittel einer sinngemässen Auslegung oder aber der freien Rechtsfindung praeter legem dient (17); im ersten Fall könnte er vor dem Legalitätsprinzip bestehen, wohl kaum jedoch im zweiten (18). Sodann wäre es im Sinne einer rechtsdogmatisch sauberen Lösung besser, bezüglich der Mitwirkungspflichten Dritter im Pfändungsverfahren das Vorliegen einer Gesetzeslücke zuzugeben.

Mit der Annahme einer Gesetzeslücke muss nicht unbedingt das Legalitätsprinzip in Frage gestellt sein. Lehre und Rechtsprechung gehen einig, dass "Gewohnheitsrecht grundsätzlich auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts als Rechtsquelle anzuerkennen" ist (19), wenngleich eine gewisse Zurückhaltung am Platze ist (20). Gewohnheitsrecht im eigentlichen und engeren Sinn, dessen konstitutive Merkmale in gleichem Masse Übung und Rechtsüberzeugung sind, bildet sich heutzutage selten. Eine grössere Bedeutung kommt dem Gewohnheitsrecht zu, das durch die Gerichtspraxis entsteht. Sein Inhalt wird nicht durch die Übung bestimmt, sondern durch den Richter und die Wissenschaft. Die Übung ist lediglich das Zeugnis für die Übereinstimmung der betreffenden Norm mit der in der Rechtsgemein-

-
- (17) Vgl. hierzu: Meier-Hayoz, S. 72 ff., 160 ff.; Friedrich in ZSR N.F. 71 (1952), S. 448 ff.; Gygi in ZSR N.F. 75 (1956), S. 152 ff.; Imboden/Rhinow, S. 171 f..
- (18) Laut Gygi, a.a.O., S. 153 f., dürfen auch Pflichten oder zusätzliche Einschränkungen des Bürgers mittels eines Analogieschlusses in freier Rechtsfindung begründet werden. Gygi steht aber m.W. mit dieser Ansicht alleine da.
- (19) BGE 83 I 247 mit Verweisungen; 94 I 308; Grisel, S. 36 ff., 325; Schwarzenbach, S. 41 f.; Imboden/Rhinow, S. 44 ff.; Fleiner-Gerster, S. 73 f.; a.M.: Giacometti, S. 170 ff..
- (20) BGE 83 I 247; 89 I 270; 96 I 228.

schaft herrschenden Rechtsüberzeugung; der entscheidende rechtsbildende Faktor dieses Gewohnheitsrechtes ist deshalb die *opinio iuris* (21). Vorliegend kann man sich also fragen, ob der Gerichtsgebrauch zu den Mitwirkungspflichten Dritter im Pfändungsverfahren sich zu Gewohnheitsrecht verdichtet hat. Hierzu bedarf es, dass die Gerichte eine vom Gesetz nicht geregelte Frage wiederholt gleich entschieden haben und dass sich bei den Rechtsgenossen die Ueberzeugung gebildet hat, es handle sich dabei um objektives Recht (22). Erstere Voraussetzung dürfte zweifellos erfüllt sein, hat doch das Bundesgericht seit BGE 51 III 37 ff., also seit mehr als 50 Jahren, die Verfahrenspflichten Dritter bei der Pfändung immer wieder bestätigt (23). Was die allgemeine Rechtsüberzeugung angeht, so wird diese gerade dadurch bezeugt, dass in den letzten 30 Jahren Beschwerden Dritter wegen ihrer Verfahrenspflichten beim Bundesgericht ausblieben; auch hat sich die Rechtslehre praktisch einmütig (24) der Praxis des Bundesgerichtes angeschlossen. Die weitere Bedingung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht, "das Bestehen einer echten Lücke im Gesetz und das unabweisliche Bedürfnis, sie zu füllen" (BGE 96 V 51), wurde bereits dargetan. Die Befolgung der Rechtsprechung ist somit zur Rechtspflicht geworden. Immerhin gibt es auch Stimmen (25), die den Präjudizien den Charak-

(21) Liver, S. 23 f. und 53 f..

(22) Komm. Meier-Hayoz, N 248 zu ZGB 1; "Durch längeren, ununterbrochenen und unwidersprochen gebliebenen Gerichtsgebrauch wird .. oft Gewohnheitsrecht geschaffen".

(23) Vgl. u.a. BGE 55 III 15; 66 III 33; 70 IV 77.

(24) Siehe die Zusammenstellung, oben, S. 104, Anm. 160. Die Banken als die in erster Linie Verpflichteten haben die Berechtigung der bundesgerichtlichen Praxis anerkannt; vgl. N 21 auf S. 8 des Kreisschreibens Nr. 87 D der Schweizerischen Bankiervereinigung an ihre Mitgliedbanken vom 10.6.1955,

(25) Vgl. Giacometti, S. 176 ff.; Komm. Meier-Hayoz, N 475 zu ZGB 1; Nobel, S. 90.

ter einer eigentlichen Rechtsquelle absprechen; dies im Hinblick darauf, dass eine nicht vermeidbare Praxisänderung dem Vorwurf der Widerrechtlichkeit begegnen könnte.

Beide angeschnittenen Möglichkeiten, den Verfahrenspflichten Dritter bei der Pfändung eine gesetzliche Grundlage zu verschaffen, nämlich ausdehnende Auslegung und usuelles Gewohnheitsrecht, vermögen nicht recht zu befriedigen. Eine aus rechtsstaatlicher Sicht einwandfreie Lösung bedingt die ausdrückliche Erwähnung solcher Pflichten im Gesetz. Gelegenheit hierzu bietet sich in der bevorstehenden Revision des SchKG.

VIERTES KAPITEL

Die Möglichkeiten zur Erzwingung der Mitwirkungspflichten Dritter im Pfändungsverfahren

§ 10 Erfordernis und Art der Zwangseinwirkung

In § 7 dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass die Ratio des Pfändungsinstitutes die Mitwirkung dritter, von der Zwangsvollstreckung nicht direkt betroffener Personen verlangt; dies sowohl beim Vollzugsakt (Verifikation und Spezifikation) als auch zur Gewährleistung des Pfändungsbeschlages (amtliche Verwahrung) und zur Durchführung einer ordnungsgemässen Verwertung (Herausgabe der Verwertungsobjekte). Drittinteressen, die nicht im Beschwerde- bzw. im Widerspruchsverfahren geschützt wurden, müssen zurückstehen. Sodann haben wir in Abstimmung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip dem Dritten bestimmte Mitwirkungspflichten (1) auferlegt. Hierbei handelt es sich um öffentlichrechtliche Verfahrenspflichten, deren Erfüllung im Interesse der gesamten Rechtsgemeinschaft steht (2). Es geht um mehr als um subjektive Rechte Privater (Gläubiger), die der Staat dem freien Spiel der Kräfte der Privaten überlassen hat. Die öffentlichrechtlichen Normen sind zwingender Natur und entsprechend von Amtes wegen anzuwenden. Daraus erhellt auch, dass der Staat zu deren Durchsetzung die adäquaten Machtmittel zur Verfügung stellen muss. Welche Massnahmen dabei als geboten und geeignet erscheinen, beurteilt sich wiederum anhand des Verhältnismässigkeitsprinzipes (3).

-
- (1) Auskunfts-/Vorzeigepflicht, beschränkte Oeffnungspflicht, Zurverfügungstellungspflicht und Herausgabepflicht, s. oben, S. 109 ff..
 - (2) Der Rechtsstaat muss an einer wirksamen Zwangsvollstreckung interessiert sein; vgl. auch oben, S. 13 und 15.
 - (3) Siehe oben, S. 109 f..

Nicht jede öffentlichrechtliche Norm lässt sich indes-
sen in natura erzwingen; die Auskunftspflicht beispielswei-
se kann nicht unmittelbar durch physischen Zwang erwirkt
werden. Wo Auskunfts- und Vorzeigepflicht nicht den ge-
wünschten Erfolg zeitigen, werden diese Verfahrenspflich-
ten daher in sinnvoller Weise durch eine Oeffnungspflicht
(4) ergänzt, die sich - wenn nötig - mit Polizeigewalt durch-
setzen lässt (SchKG 91 II). Ebenso kann der mit der Heraus-
gabepflicht verfolgte Zweck durch gewaltsames Behändigen
der gepfändeten Gegenstände sichergestellt werden. Zu prü-
fen ist die Frage, ob sich der Pfändungsbeamte unter Ge-
waltanwendung Zugang zur Wohnung des Dritten verschaffen
und verschlossene Kästen, Räume und Behältnisse usw. er-
brechen dürfe.

Neben der direkten Zwangseinwirkung, oder aber, weil
eine solche nicht möglich ist (5), stellt der Staat zur
Verstärkung gewisser Rechtspflichten auch indirekte Zwangs-
mittel zur Verfügung. Von besonderer Bedeutung sind die
Strafsanktionen, denen sowohl Präventiv- als auch Vergel-
tungscharakter zukommt. Indem den Normadressaten im Wider-
setzungsfall eine Schadenersatzpflicht angedroht wird,
kann gleichfalls indirekt auf deren Verhalten Einfluss
genommen werden.

Im folgenden Paragraphen sollen die Möglichkeiten
direkter Zwangsmassnahmen und anschliessend jene der in-
direkten Zwangsmittel gegenüber renitenten Drittpersonen
im Pfändungsverfahren untersucht werden.

-
- (4) Drittpersonen sind allerdings nur beim Vorliegen gewisser
Voraussetzungen zum Oeffnen ihrer Räumlichkeiten und Be-
hältnisse verpflichtet, S. oben, S. 113 ff..
- (5) Die Strafe ist Ersatzzwang, "denn das Gesetz wäre kein Ge-
setz im Rechtssinne, das Verbot kein Rechtsverbot, wenn es
unbestraft (und ungehindert) verletzt werden könnte":
W. Burckhardt in ZBJV 71 (1935), S. 30, Anm. 1.

§ 11 Zwangsmassnahmen

Der Betreibungsbeamte sieht sich zuweilen vor die Situation gestellt, dass er bei einer Drittperson eine Pfändung vollziehen sollte (1), dass diese ihm jedoch den Zugang zu den Pfändungsobjekten verwehrt. Oder aber der Beamte verlangt vom Dritten die Herausgabe bereits gepfändeter Gegenstände, um sie in amtliche Verwahrung zu nehmen bzw. der Verwertung zuzuführen, wogegen sich der Dritte sträubt. Darf das Betreibungsamt in solchen Fällen manu militari, d.h. unter Beizug der Polizei gegen den renitenten Dritten vorgehen?

Das SchKG gibt hierauf keine ausdrückliche Antwort. Art. 91 Abs. 2 sieht wohl nötigenfalls die Mitwirkung der Polizei vor, doch kann aus dem Zusammenhang zu Abs. 1 gefolgert werden, dass sich diese Zwangsmöglichkeit nur gegen den Schuldner selbst richtet. Das Bundesgericht - und mit ihm die ältere Literatur (2) - hat denn auch ursprünglich eine extensive Auslegung von SchKG 91 II mit Hinweis auf den klareren, französischen Gesetzestext (3) abgelehnt (BGE 51 III 40). Die Folgen dieser restriktiven Gesetzesanwendung wären gewesen, dass ein Dritter, auch wenn er den Gewahrsam schuldnerischen Vermögens zugegeben hätte, mit seiner Mitwirkungsverweigerung den Pfändungsvollzug und damit die Gläubigerbefriedigung hätte vereiteln können. Der Schuldner hätte sich also durch Uebergabe seiner Vermögenswerte an einen ihm wohlgesinnten Dritten der Zwangsvollstreckung entziehen können; das Pfändungsinstitut wäre dadurch illusorisch geworden. Diese Gefahr mag dazu beigetragen haben, dass das Bundesgericht in BGE 55 III 14 E. 3

(1) Oder aber er muss die Möglichkeit einer Pfändung abklären.

(2) Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 125; "Zwangsmittel, die so stark in die Privatsphäre des Dritten eingreifen, ... bedürfen im Rechtsstaat einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage"; Huber, S. 123; Jann, S. 82 f.; Lotz, S. 92; Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 106.

(3) "... le débiteur est tenu d'ouvrir ses locaux et ses meubles".

das Verbot jeglicher Zwangseinwirkung auf Drittpersonen lockerte und nur mehr als Grundsatz bezeichnete, von dem indes Ausnahmen denkbar wären (4). In casu war dem Betreibungsamt zugebilligt worden, nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch zu nehmen, um sich Zutritt zu den Räumlichkeiten eines Dritten zu verschaffen, der den Gewahrsam von der Pfändung unterliegenden Gegenständen zugegeben hatte. In BGE 66 III 20 ff. sprach sich das Bundesgericht für eine analoge Anwendung von SchKG 91 II auch auf Drittpersonen aus, die nachgewiesenermassen Vermögenswerte des Schuldners besitzen, vorausgesetzt, dass die in Betreibung gesetzte Forderung nicht mehr bestritten werden könne (5). Ob auch bei einer provisorischen Pfändung von der Polizeigewalt gegen einen Dritten Gebrauch gemacht werden darf, wie dies das Bundesgericht in BGE 102 III 6 ff. befürwortet, ist dagegen weniger klar. Der Schuldner kann in diesem Fall die Forderung noch bestreiten (SchKG 83 II: Aberkennungsklage), so dass es sehr wohl möglich ist, dass sich die Betreibung im nachhinein als unbegründet erweist und sich Schuldner und Dritte zu Recht gegen einen Eingriff in ihre Privatsphäre wehrten. Immerhin darf ein provisorischer Rechtsöffnungstitel nicht einfach mit einer vor der Arrestbehörde glaubhaft gemachten Forderung gleichgesetzt werden, denn der Richter hat die Berechtigung des Schuldtitels zur Pfändungsvornahme nach summarischer Prüfung bejaht. Die für das Arrestverfahren geltenden Bedenken können daher nicht über-

-
- (4) Zur Begründung dieser Ausnahmen wurde auf den gesetzlichen Auftrag des Pfändungsbeamten hingewiesen: "Dal momento che la legge, sotto riserva del procedimento di rivendicazione, permette il pignoramento di beni mobili detenuti da un terzo, ... occorre necessariamente ammettere che essa ha inteso dare all'Ufficio i mezzi occorrenti per eseguire il pignoramento, mettendolo in istato, coll'esigere l'apertura dei locali ...": BGE 55 III 15.
- (5) Vorliegend hatte es dem Pfändungsgläubiger das Recht eingeräumt, die zwangsweise Oeffnung eines dem Schuldner überlassenen Safes bei einer Bank zu verlangen. Bereits in BGE 22, 994 ff., wurde die Inanspruchnahme der Polizeigewalt gegenüber einem Vermieter bejaht, der unter Hinweis auf sein Retentionsrecht den Betreibungsbeamten am Pfändungsvollzug hindern wollte.

nommen werden, zumal es dem Betriebenen hier möglich war, im Rechtsöffnungsverfahren die in Betreibung gesetzte Forderung zu entkräften. Diese, nicht allzu grosse Wahrscheinlichkeit, dass eine Betreibung infolge einer erfolgreichen Aberkennungsklage dahinfällt, vermag jedenfalls dann nicht einen Verzicht auf direkte Zwangsmittel zu rechtfertigen (6), wenn Gewissheit darüber besteht, dass der Dritte Pfändungsobjekte verwahrt. Gewissheit aber besteht, wenn der Dritte den Gewahrsam zugegeben hat bzw. dieser als nachgewiesen gilt. Durch dieses Erfordernis wird der Kreis der für eine zwangsweise Hausdurchsuchung in Frage kommenden Drittpersonen eingeschränkt auf solche, die nachweislich zum Betriebenen in Beziehung stehen; die Zwangsmassnahme trifft nicht einen beliebigen Dritten, was in BGE 42 III 268 Anlass zu Bedenken gab. Insoweit wird auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen.

Ein Vergleich dieser Voraussetzungen mit jenen, die zur Begründung der Oeffnungspflicht Dritter führten (oben S.114 f.) zeigt, dass immer dann, wenn ein Dritter zum Oeffnen seiner Räumlichkeiten und Behältnisse verpflichtet wird, dies gegebenenfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden darf. Eine Drittperson, von der das Betreibungsamt nicht überzeugt ist, dass sie Pfändungsobjekte besitzt, wird erst gar nicht verpflichtet. Verweigert die einmal aufgeforderte Person gleichwohl ihre Mithilfe am Pfändungsvollzug, so dürfen ihr auch die mit einer (erzwungenen) Hausdurchsuchung verbunde-

-
- (6) Der Pfändungsgläubiger hat nicht bloss ein berechtigtes Interesse an einer raschen und damit wirksamen Beschlaglegung, er soll auch frühzeitig erfahren, ob bzw. inwieweit seine Forderung gedeckt ist. Dementsprechend kann er seinen Prozessaufwand im Aberkennungsverfahren bemessen.

Aubert/Kernen/Schönle, S. 115 f. lehnen die Anwendung von Polizeigewalt gegen eine Bank ab, solange die Aberkennungsklage noch möglich oder noch nicht abgewiesen ist. Dies wegen der Gefahr, dass ein "Pseudo-Gläubiger" von der Existenz schuldnerischen Vermögens erfahren könnte.

nen Inkonvenienzen zugemutet werden (7). Anders zu entscheiden bedeutete, "avouer l'impuissance de l'autorité à mettre le créancier en mesure de faire valoir ses droits" (BGE 66 III 33) und wäre für einen Rechtsstaat nicht tragbar. Aus rechtsstaatlicher Sicht ein dringendes Bedürfnis ist allerdings auch die Schaffung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für ein zwangsweises Vorgehen gegenüber Drittpersonen. Gelegenheit hierzu bietet sich in der bevorstehenden SchKG-Revision.

In den übrigen Fällen, in denen ein Dritter dem Pfändungsbeamten die Auskunft verweigert, die Voraussetzungen für eine Hausdurchsuchung aber nicht vorliegen (8), kommt als Druckmittel - wie noch zu prüfen sein wird (§ 12) - allenfalls die Androhung einer Ungehorsamsstrafe in Frage.

Wenn demnach der Betreibungsbeamte in bestimmten Fällen zur Pfändungsvornahme bei einer Drittperson die öffentliche Gewalt in Anspruch nehmen darf, so muss er dies erst recht auch zur Gewährleistung des Pfändungsbeschlages und zur Durchführung einer ordnungsgemässen Verwertung dürfen. In diesem Sinne wurde in BGE 79 III 111 ff. die Durchsetzung der Herausgabepflicht eines Drittgewahrsamsinhabers

-
- (7) Der Dritte hat diese Widrigkeiten weitgehend seinem eigenen, renitenten Verhalten zuzuschreiben, denn sie blieben ihm erspart, wenn er der betreibungsamtlichen Aufforderung zur Auskunftgabe bzw. zum Vorweisen der Pfändungsobjekte Folge leistete.

Eine in diesem Sinne beschränkte Zulässigkeit direkter Zwangsmittel gegenüber Drittpersonen zum Zwecke der Pfändungsvornahme wird bejaht von: Kuhn, S. 96 f.; Joos, S. 127; Schwager, S. 104; und Aubert/Kernen/Schönle, S. 114, indessen nur für eine definitive Pfändung.

- (8) Sei es, dass der Gewahrsam von Pfändungsobjekten beim Dritten nicht feststeht, oder sei es, dass der Beamte keine genauen Angaben über die von ihm gesuchten Gegenstände besitzt: s. oben, S. 90 f. und 114 f..

mit Hilfe der Polizei gebilligt (9).

Zur Ausgestaltung der direkten Zwangseinwirkung ist zu sagen, dass der Beamte selbst keine Gewalt anwenden darf; allein die Polizei darf den Widerstand des Dritten oder anderer im Hause Anwesender brechen und verschlossene Räume und Behältnisse aufbrechen. Die Polizei handelt dabei als Hilfsorgan des Betreibungsamtes und hat die Rechtmässigkeit der Massnahme nicht nachzuprüfen (10). Sie hält sich bei ihrem Vorgehen an das Prinzip der Verhältnismässigkeit und wird eine übermässige, unangemessene Einwirkung auf die Person bzw. das Eigentum des Dritten zu vermeiden suchen.

§ 12 Indirekte Zwangsmittel

Zwangsmittel, die mittelbar darauf hinwirken sollen, dass ein Rechtsgenosse seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommt, lassen sich gemeinhin in zwei Gruppen einteilen: in solche, die eine Pflichtverletzung mit einer Strafsanktion bedrohen, und in solche, die dem Pflichtvergessenen andere Nachteile in Aussicht stellen.

I. Strafsanktionen

Das Strafgesetzbuch hat gewisse Delikte, die im Zusammenhang mit Betreibung und Konkurs stehen, als Verbrechen oder Vergehen normiert (Art. 163/170); darüber hinaus hat es gewisse Pflichtverletzungen durch den Schuldner oder durch eine dritte beteiligte Person in den Art. 323 und 324 als Uebertretungen mit Strafe bedroht. Letztere stehen zu

(9) Vgl. hierzu auch die Ausführungen des Bundesgerichtes in BGE 51 III 135 ff., wo die Anwendung von Polizeigewalt zur Durchsetzung der Herausgabepflicht nach SchKG 232 II Ziff. 4 bejaht wurde, obgleich dies im Gesetz nicht vorgesehen ist. Gl. M.: Meyer, S. 61.

(10) BGE 22, 997; 87 III 96.

den ersteren in einem subsidiären Verhältnis (1).

1. Pfändungsbetrug (StGB 164)

Von den im Besonderen Teil des StGB unter 2. Titel (Vermögensdelikte) angeführten Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen kommt als möglicher Straftatbestand bei einer Mitwirkungsverweigerung Dritter im Pfändungsverfahren am ehesten noch der Pfändungsbetrug (Art. 164) in Frage (2). "Verheimlicht" im Sinne dieser Norm werden nach BGE 88 IV 26 die "Vermögensstücke nicht erst dadurch, dass sie vor dem Betreibungsbeamten versteckt werden, sondern schon, wenn sie dessen Kenntnis durch Schweigen oder falsche Angaben vorenthalten werden". Immerhin dürfte blosses Schweigen nur dann als Vermögensverminderung zum Schein gelten, "wenn es betrügerischen Charakter hat, also dazu dient, einen geringeren als den wirklichen Vermögensbestand vorzutäuschen" (BGE 102 IV 174). Dabei verlangt der objektive Tatbestand nicht, dass "den Gläubigern ein irreparabler oder praktisch unabwendbarer Schaden zugefügt" wird (BGE 85 IV 219 f.); die Verschleierung als solche genügt. In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Täter in der Absicht handelt, die Pfändungsgläubiger zu schädigen (3); gleichgültig ist dagegen sein Tatmotiv. Das Bundesgericht erachtet einen solchen Schaden schon dann als gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung so erschwert wird, dass beispielsweise "zur Verwirklichung der Gläubigerrechte besondere Prozesse geführt werden müssen" (BGE 93 IV 17 f.); eine vorübergehende Benachteiligung reicht vollends

(1) Vgl. Germann, S. 474; Stratenwerth, Teil I, S. 297.

(2) Daneben kommt natürlich dem Verstrickungsbruch, d.h. der eigenmächtigen, zum Nachteil der Gläubiger vorgenommenen Verfügung über eine nach SchKG beschlagnahmte Sache (StGB 169), besondere Bedeutung zu.

(3) Geschütztes Rechtsgut sind die Vermögensinteressen der Pfändungsgläubiger, wohingegen die Art. 323/24 StGB die Rechtspflege auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung schützen wollen.

(BGE 93 IV 92). Dem hält Stratenwerth (4) zu Recht entgegen, dass kein zuchthauswürdiges Delikt vorliege, wenn der Schuldner nicht mindestens mit Eventualdolus in Kauf nehme, dass die Gläubiger ganz oder teilweise zu Verlust kommen, sondern nur die Zwangsvollstreckung erschweren, z.B. verzögern will. Dieser Ansicht scheint das Bundesgericht nunmehr in BGE 102 IV 174 gefolgt zu sein. Der Pfändungsbetrug ist vollendet mit der zum Nachteil der Gläubiger vorgenommenen Verheimlichung von Vermögensstücken, selbst wenn die Strafbarkeit von der Ausstellung eines - auch nur provisorischen (5) - Verlustscheines gegen den Schuldner abhängt. Der Verlustschein muss rechtsgültig sein (BGE 89 IV 77 ff.); eine nachträgliche Zahlung berührt die Rechtskraft nicht und hebt deshalb die Strafbarkeit nicht auf (BGE 74 IV 97; 84 IV 16). Zwischen der verbotenen Handlung und der Ausstellung des Verlustscheines braucht kein Kausalzusammenhang zu bestehen (BGE 75 IV 109). Die angedrohte Strafe beträgt für den Schuldner Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis, für Drittpersonen nur Gefängnis.

Die Möglichkeit, dass ein mitwirkungspflichtiger Dritter die subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale des Pfändungsbetruges erfüllt, ist als nicht eben gross einzuschätzen (6). Immerhin hat das Bundesgericht in BGE 70 IV 77 E.2 dies in einem Fall bejaht, wo eine Drittbesitzerin trotz Aufforderung zur Angabe Vermögen des Schuldners verheimlichte. Zumeist wird es jedoch an der vorsätzlichen Täuschung oder am

(4) Stratenwerth, Teil I, S. 276.

(5) "Mit der Ausstellung eines provisorischen Verlustscheines steht der Verlust vorläufig nicht weniger zuverlässig fest als durch die Eröffnung des Konkurses"; BGE 74 IV 96 f.. Damit genügt als Strafbarkeitsbedingung die Gefährdung der Gläubigerrechte.

(6) Wirkt der Dritte als Anstifter oder Gehilfe an einem beim Schuldner nach Ziff. 1 von StGB 164 strafbaren Delikt mit, so ist er nicht als Teilnehmer zu beurteilen, sondern es ist gestützt auf StGB 26 gleichwohl Ziff. 2 anzuwenden; Schwander Nr. 590 a; Stratenwerth, Teil I, S. 278; a.M.: BGE 88 IV 27 E. 2.

Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung fehlen (7). Der Dritte widersetzt sich passiv den ihm obliegenden Pflichten und begeht dadurch allenfalls ein Ungehorsamsdelikt.

2. Ungehorsamsdelikte

a) Abgrenzung zu den Betreibungs- und Konkurs- vergehen/-verbrechen

Das SchKG sieht nebst der Möglichkeit des Einsatzes von Polizeigewalt (Art. 91 Abs. 2 und 229 Abs. 2) zur Durchsetzung betreibungsrechtlicher Pflichten als indirekte Zwangsmittel die Androhung von Straffolgen vor (8). Die darin für strafbar erklärten Verhaltensweisen wurden ausnahmslos in die Uebertretungstatbestände der Art. 323 und 324 StGB aufgenommen; die Redaktion ist lückenlos (9).

Dieses Uebertretungsstrafrecht unterscheidet sich in grundsätzlicher Weise von den Verbrechen/Vergehen der Art. 163 und 164 StGB: Die Uebertretungstatbestände schützen die öffentliche Gewalt gegen Vereitelung oder Erschwerung der Zwangsvollstreckung. Im weiteren Sinn lassen sie sich als strafbare Handlungen gegen die Rechtspflege qualifizieren (10). Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug dagegen haben den Schutz von Forderungsrechten der Gläubi-

-
- (7) Dass ein Dritter mangels einer Garantenpflicht gegenüber den Gläubigern keinen Pfändungsbetrug begehen könne - wie Stratenwerth, Teil I, S. 279, anzunehmen scheint - ist m.E. in Anbetracht des klaren Gesetzeswortlautes nicht vertretbar.
- (8) SchKG 91 I, 96 I, 164 I, 222 I, 229 I, 232 II Ziff. 3 + 4.
- (9) Sten.Bull. NR 1929, S. 515. Ehedem stellten die Kantone in ihren Einführungsgesetzen zum SchKG entsprechende Strafbestimmungen auf. Diese sowie andere im kantonalen Recht verankerte Möglichkeiten zur Durchsetzung von öffentlichrechtlichen Pflichten - etwa § 328 ZH StPO oder das zürcherische Gesetz betr. die Ordnungsstrafen - dürften infolge der Priorität des Bundesrechts durch die Ungehorsamstatbestände des StGB abgelöst bzw. hier nicht anwendbar sein; vgl. hierzu Kuhn, S. 107.
- (10) BGE 69 III 78; 102 IV 174; Hafter in ZStrR 49 (1935), S. 392, und 50 (1936), S. 342.

ger zum Ziel; dementsprechend ist der Vorsatz des Täters auf Schädigung und Benachteiligung der Gläubiger gerichtet. Für den Ungehorsamstatbestand ist die Schädigungsabsicht nicht Tatbestandsmerkmal und fahrlässiges Unterlassen eines pflichtgemässen Verhaltens oder irrtümliches Verhalten sind nicht als Ungehorsam zu werten. Der Bedeutung der geschützten Rechtsgüter angepasst ist die unterschiedliche Höhe der Strafandrohungen. Schliesslich stehen die Ungehorsamstatbestände in einem subsidiären Verhältnis zu den in Art. 163 bis 170 StGB geregelten Betreibungs- und Konkursvergehen/-verbrechen. Auch kann - gestützt auf den Grundsatz "ne bis in idem" - neben die kriminelle Strafe nicht noch die Ungehorsamsstrafe treten; einer wiederholten Bestrafung des ungehorsamen Schuldners oder Dritten steht indes nichts im Wege (11).

b) Inhalt von StGB 323 und 324

Die beiden Bestimmungen stellen einen Ungehorsam, der sich in einem passiven Verhalten erschöpft, unter Strafe. Nach Art. 323 Ziff. 1 StGB wird mit Haft bis zu 14 Tagen oder Busse bestraft der Schuldner, der einer ihm ordnungsgemäss angekündigten Pfändung oder Aufnahme eines Güterverzeichnisses weder selbst beiwohnt, noch sich dabei vertreten lässt, ebenso der Schuldner, der bei der Pfändung, der Aufnahme eines Güterverzeichnisses oder im Konkurs seine Vermögensgegenstände, Rechte und Forderungen nicht angibt (Ziff. 2 bis 4), ferner der Gemeinschuldner, der während des Konkursverfahrens nicht zur Verfügung der Konkursverwaltung steht (Ziff. 5). In Art. 324 StGB wird der Ungehorsam von Drittpersonen im Konkursverfahren mit Busse bedroht; Widersetzlichkeit im Pfändungsverfahren wird dagegen nicht erwähnt.

(11) Kuhn, S. 100 f. mit Hinweisen.

c) Art. 292 StGB als Auffangtatbestand zu den Art.
323 und 324 StGB

Das StGB enthält neben den genannten betriebsrechtlichen Ungehorsamstatbeständen noch einen allgemeinen Ungehorsamstatbestand: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292). Dieser verfolgt ein kriminalpolitisches Ziel, nämlich den Behörden und Beamten die Durchsetzung ihrer Anordnungen zu erleichtern (BGE 74 IV 107). Zum einen geht es um Verwaltungszwang, um Erzwingung einer Verfügung, zum andern ist die Bestrafung des Ungehorsams ein repressiver Akt, der sich auf begangenes Unrecht bezieht (12). Als Blankettnorm umschreibt StGB 292 nicht selbst das verbotene oder gebotene Verhalten, sondern stellt hierfür auf die jeweilige Verfügung ab.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob der (auf Grund des Blanketts) weiter gezogene Art. 292 StGB dann Platz greifen darf, wenn in einer betriebsrechtlichen Angelegenheit kein strafrechtlicher Schutz der amtlichen Verfügung gegeben ist. Gerade die Mitwirkungspflichtigen Dritter im Pfändungsverfahren würden durch eine solche Möglichkeit an Wirkung gewinnen, zumal Art. 324 StGB lediglich den Ungehorsam dritter Personen im Konkursverfahren mit Strafe bedroht.

Unter der Herrschaft des kantonalen Strafrechts ist die Schaffung weiterer, im SchKG nicht vorgesehener Ungehorsamstatbestände abgelehnt worden, "denn" - so das Bundesgericht in BGE 60 III 26 - "es liefe auf einen Einbruch in die im Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts geltende Rechtseinheit hinaus, wenn es den Kantonen anheimgegeben wäre, auf diese Weise die Rechtsstellung der am Betriebs- oder Konkursverfahren beteiligten Personen über das vom SchKG

(12) Schwander, Nr. 748; Stratenwerth, Teil II, S. 588.

selbst angeordnete Mass hinaus zu erschweren" (13). Aber auch nach dem Inkrafttreten des eidg. Strafrechts, also nach Wegfall etwaiger verfassungsmässiger Bedenken (14), haben sich einige Autoren gegen die Anwendung von StGB 292 ausgesprochen (15). Zur Begründung ihrer Ansicht führen sie an, dass alle im SchKG mit Strafdrohung bedachten Pflichten - und nur diese - in den Art. 323 und 324 erschöpfend behandelt seien, und es müsse hieraus geschlossen werden, dass der Bundesgesetzgeber andere als jene Verhaltensweisen strafrechtlich nicht habe erfassen wollen; im Falle der Anwendbarkeit von StGB 292 müssten die Bestimmungen von StGB 323 f. hinfällig werden. Dass das StGB keine spezielle Strafdrohung gegen den Dritten wegen Ungehorsams im Pfändungsverfahren enthält, ist nicht verwunderlich, denn auch das SchKG erwähnt keine solche Androhung, ja, es führt nicht einmal die Mitwirkungspflichten an. Sodann konnte der Gesetzgeber im StGB schwerlich ein Verhalten unter Strafe stellen, das im SchKG noch gar nicht zur Pflicht erhoben wurde. Selbst wenn in der eingehenden Regelung der Ungehorsamstatbestände in den Art. 323 und 324 StGB ein "geschlossenes System" von Normen dieser Art gesehen würde (16), so ist unbestritten, dass daneben Lücken geblieben sind (17). Dem Gesetzgeber zu unterstellen, er hätte für das Pfändungsverfahren bewusst auf eine Bestra-

(13) In casu ging es um die Auskunftspflicht eines Drittgewahrsamshabers im Arrestverfahren, die das Betreibungsamt Basel-Stadt mittels Strafdrohung erzwingen wollte. Ähnlich: Haab in ZBJV 69 (1933), S. 562 f.; Huber, S. 123ff.; Jann, S. 83 ff.; Lotz, S. 93 f.; a.M.: Gerwig in ZSR N.F. 53 (1934), S. 127 f..

(14) Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts und der Rechtsgleichheit.

(15) So etwa Karmann in BlSchK 7 (1943), S. 52 f.; Müller in ZSR N.F. 68 (1949), S. 82 f.; Wolf in BlSchK 13 (1949), S. 72 f.; Kuhn, S. 106 und 109; Meyer, S. 40.

(16) BGE 81 IV 327; Kuhn, S. 105 f. und 109.

(17) Das StGB stellt auf das SchKG ab, das bekanntlich überaus lückenhaft ist; s. oben, S. 58. Aus der Sicht des SchKG lässt sich nichts gegen die Anwendung von StGB 292 vorbringen.

fung renitenter Dritter verzichtet, wäre in Anbetracht der übrigen, mit Strafdrohung bedachten Fälle unverständlich. Die besonderen Uebertretungstatbestände der Art. 323 f. werden durch die Anwendung von Art. 292 StGB auch nicht illusorisch. Mit ihrer Schaffung hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass nur und einzig sie anzuwenden sind, sofern der Sachverhalt von ihnen erfasst wird. StGB 292 greift denn auch bloss subsidiär ein, wenn der Ungehorsam keine speziellere Strafvorschrift erfüllt (18). Dann aber ist es "gerade der Zweck dieser Bestimmung, amtliche Verfügungen,, durch die ergänzende Strafdrohung wirksam zu gestalten" (19). Strafrechtliche Einwände, wie etwa der Satz "nulla poena sine lege" spielen nicht; das Gesetz (eben Art. 292 StGB) wird ja bei Androhung und Ausfällung von Ungehorsamsstrafen ebenfalls beachtet (20). Die Gefahr eines Missbrauchs dieser Blankettnorm wird dadurch gebannt, dass die Verwaltungsbehörde zum Erlass der Verfügung kompetent sein muss und darin ausdrücklich auf die Strafdrohung von StGB 292 aufmerksam machen muss (21). Der Umstand, dass der Strafraum von StGB 292 weiter reicht als jener der betreibungsrechtlichen Ungehorsamstatbestände, macht dessen Anwendung nicht unmöglich. Der Strafrichter wird diesfalls darauf achten, den Strafraum der Art. 323 f. StGB nicht unnötigerweise zu überschreiten.

(18) Vgl. zur Subsidiarität von StGB 292; Loepfe, S. 97 ff.; Eigenmann, S. 40 ff.; BGE 88 IV 119; 90 IV 207 ff. E. 3.

(19) BGE 70 IV 180; ebenso BGE 83 III 7 mit Hinweisen.

(20) Eigenmann, S. 76.

(21) Näheres hierzu bei Loepfe, S. 51 ff.; Eigenmann, S. 31 ff.; Schwander Nr. 750; Stratenwerth, Teil II, S. 589 ff. mit Hinweisen auf die Judikatur.
Dass der Pfändungsbeamte gewisse Drittpersonen zur Mithilfe verhalten darf, haben wir in § 7 II 2 lit. h festgestellt.

Die neuere Lehre (22) bejaht mehrheitlich die Zulässigkeit der Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss StGB 292 als psychologisches Druckmittel gegenüber dem Schuldner oder Dritten im Betreibungs- und Konkursverfahren. Dies in Fällen, in denen kein besonderer Ungehorsamstatbestand erfüllt ist; die Subsidiarität gilt jedoch nicht gegenüber den Mitteln des Verwaltungszwanges, den direkten Zwangsmassnahmen (23). Das Bundesgericht hat dem Pfändungsbeamten wiederholt zugebilligt, seine Verfügungen mit der allgemeinen Ungehorsamsstrafe zu verstärken, denn "es besteht kein stichhaltiger Grund, sie aus dem Gebiet des Betreibungsverfahrens auszuschalten, wenn dessen besondere Strafbestimmungen den Ungehorsam nicht lückenlos erfassen" (BGE 70 IV 180). Dabei ging es um die an den Lohnpfändungsschuldner gerichtete Weisung, einen Wechsel der Arbeitsstelle oder der Lohnverhältnisse unverzüglich dem Amt zu melden (24), oder aber um die Herausgabe bereits gepfändeter Sachen (25), wo es die Androhung von StGB 292 auch gegenüber Drittpersonen guthiess (BGE 79 III 111 ff.). "Um ein gesetzmässiges Verfahren zu sichern, kann der Betreibungsbeamte alle ihm zur Verfügung stehenden Massnahmen administrativer Art ergreifen, und, wenn die Voraussetzungen von Art. 163 ff. oder 292 StGB zutreffen, auch Strafsanktionen gegen diejenigen verhängen lassen, die den Verfahrensgang widerrechtlich stören (BGE 79 III 114). Neuerdings lässt es das Bundesgericht sogar zu, einer Drittperson im Arrestverfahren die Ungehorsamsstrafe in Aus-

-
- (22) So etwa Blumenstein in BlSchK 5 (1941), S. 107; Loepfe, S. 102 f.; Eigenmann, S. 75 f. und 83; Joos, S. 127; Schwander Nr. 599; Germann, S. 474; Stratenwerth, Teil I, S. 297; a.M.: die oben, unter Anm. 15 angeführten Autoren.
- (23) Stratenwerth, Teil II, S. 592, mit Hinweis auf BGE 90 IV 207 ff.; a.M.: Eigenmann, S. 77, der auf StGB 292 nur zurückgreifen möchte, wenn kein anderes, geeignetes Mittel gegeben ist, den Ungehorsam zu brechen.
- (24) BGE 78 III 126 ff. und 83 III 1 ff.; vgl. auch ZR 56 (1957) Nr. 52 und 117.
- (25) BGE 81 IV 325 ff..

sicht zu stellen, vorausgesetzt, die Arrestforderung ist durch einen Vollstreckungstitel ausgewiesen (26).

Sodann steht nichts im Wege, die an Drittpersonen gerichtete amtliche Aufforderung, über Vermögenswerte des Pfändungsschuldners Auskunft zu erteilen und diese vorzuweisen bzw. gepfändete Gegenstände dem Beamten auszuhändigen, mit der Strafandrohung gemäss StGB 292 zu verbinden. Dabei kann natürlich vom Dritten bei Straffolge nicht mehr verlangt werden, als wozu er rechtens verpflichtet ist (27), was gegebenenfalls im Beschwerdeverfahren oder aber durch den Strafrichter vorfrageweise (28) festzustellen ist. Die mit StGB 292 gegebene Erzwingungsmöglichkeit soll indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass es wünschenswert wäre, bei der nächsten Revision des SchKG nicht bloss die Mitwirkungspflichtigen Dritter im Pfändungsverfahren zu normieren, sondern auch gleich Straffolgen für den Ungehorsamsfall anzudrohen. Gestützt darauf könnte dann Art. 324 StGB ergänzt werden.

II. Andere mittelbare Zwangsmittel

Ein zur Mitwirkung verpflichteter Dritter, der eine diesbezügliche Aufforderung des Betreibungsbeamten ignoriert (29), handelt rechtswidrig. Trifft ihn dabei ein Verschulden und erwächst den Gläubigern aus diesem Verhalten ein Schaden,

-
- (26) Vgl. BGE 102 III 8 f. und 103 III 93 ff.; in BGE 75 III 110 E. 3 hatte es dies noch offengelassen und lediglich für den Fall, dass die Forderung nicht auf einem vollstreckbaren Titel beruht, die Zulässigkeit der Strafandrohung verneint; a.M.: Zürcher Obergericht in ZR 74 (1975) Nr. 43, das die Androhung der Ungehorsamsstrafe im Arrestverfahren ablehnt, da der Einsatz eines solchen Zwangsmittels für den Arrestvollzug nicht unerlässlich sei.
- (27) So erstreckt sich beispielsweise die Auskunftspflicht nur auf vermögenswerte Fakten, nicht auch auf höchstpersönliche Geheimnisse: s. oben, S. 110 ff..
- (28) Allein die rechtmässige Verfügung soll den Schutz des Art. 292 StGB geniessen: Stratenwerth, Teil II, S. 589 f. mit Hinweisen.
- (29) Ebenso derjenige, der wahrheitswidrige Auskünfte erteilt.

so hat der Dritte hierfür einzustehen. Diese aus Art. 41 ff. OR abgeleitete Schadenersatzpflicht ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten (30) und wirkt insoweit als psychologisches Druckmittel. Ein anderes, gegenüber dem Schuldner wirksames indirektes Zwangsmittel, nämlich das in SchKG 190 Ziff. 1 dem Gläubiger eingeräumte Recht, beim Gericht die sofortige Konkurseröffnung über den Pfändungsschuldner zu beantragen, wenn dieser Vermögenswerte verheimlicht hat, kann nicht analog auch auf renitente Drittpersonen Anwendung finden.

(30) Auch die Gegner der Ungehorsamsstrafe (oben, Anm. 15) anerkennen die zivilrechtliche Haftung des widersetzlichen Dritten.

LEBENS LAUF

18. März 1948	geboren in Zürich als Bürger von Winterthur
ab Frühling 1955	Primarschule in Zürich; Gymnasium am Kollegium Maria Hilf in Schwyz
Sommer 1968	Matura (Typus B)
ab Herbst 1968	Studium der Rechte an der Universität Zürich, unterbrochen durch militärische Weiteraus- bildung
3. Nov. 1973	Promotion zum Lizentiaten beider Rechte an der Universität Zürich
ab Dez. 1973	19-monatiges Praktikum am Hauptsitz einer schweizerischen Grossbank in Zürich
ab Juli 1975	6 Monate Auditor und 12 Monate Substitut am Bezirksgericht Horgen
April 1977	Erlangen des zürcherischen Anwaltspatentes
ab Juli 1977	Sekretär der kantonalen Schätzungskommission in Abtretungsstreitigkeiten, Kreis IV; Tätigkeit als selbständiger Rechtsanwalt in Winterthur
13. Febr. 1980	Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich.

